MANUAL DE DERECHO
PENAL MEXICANO

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS

EX PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.; EX PROFESOR DE ESTUDIOS SUPERIORES DE DERECHO PENAL EN EL DOCTORADO DE LA PROPIA UNIVER-SIDAD; EX PROFESOR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ZACATECAS Y EX PROFESOR DE DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL DE LA UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO; MIEMBRO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES; EX JUEZ DE DISTRI-TO; EX MAGISTRADO DE CIRCUITO Y ACTUALMENTE MINISTRO RETIRADO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO

PARTE GENERAL

Prólogo de

MARIANO JIMÉNEZ HUERTA

DECIMOSÉPTIMA EDICIÓN
DEBIDAMENTE CORREGIDA Y ACTUALIZADA

EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 2004

Primera edición: Tomo I, 1961. Tomo II, 1964

Derechos Reservados

Copyright © 2004 por FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS
Las Huertas 96-207, Col. del Valle
México 12, D.F.

Esta edición y sus características son propiedad de la
EDITORIAL PORRÚA, S.A. DE C.V.-6
Av. República Argentina, 15, 06020, México, D.F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-4509-0

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRÓLOGO

Por la ruta emprendida hace muchos años por Raúl CARRANCÁ Y TRUJILLO y tiempo después por Fernando CASTELLANOS TENA, camina en la actualidad Francisco PAVÓN VASCONCELOS, con ánimo tranquilo y sereno espíritu, en pos del noble propósito de ofrecernos un planteamiento completo y sistemático de las innúmeras materias y complejos ángulos que la Parte General del Derecho Penal ofrece al juspenalista. Y a tal efecto, ha dado a la estampa su *Manual de Derecho Penal Mexicano*, en el que ordena y sistematiza trabajos anteriores, los complementa con otros de confección novísima y funde, unos y otros, con gran perfección, en un conjunto orgánico.

Resplandece en su obra la claridad expositiva y la sencillez conceptual, siempre avaladas por un ecuánime juicio. Estas fundamentales virtudes, recuerdan los lineamientos trazados en Italia por ANTOLISEI en su preclaro *Manual.*

Iníciase el libro con una *Introducción* en la que expone el concepto, la historia y las fuentes del Derecho Penal. Y a continuación analiza cuanto constituye la espina y médula de la *Parte General*, que divide en dos grandes secciones: *Teoría de la Ley Penal y Teoría del Delito.*

En la primera ---*Teoría de la Ley Penal*—acomete el autor el estudio de la ley y de la norma con base en las clásicas construcciones de Carlos BINDING, en las que finca el carácter sancionador del Derecho Penal. Empero, el profesor PAVÓN VASCONCELOS no es insensible a las críticas formuladas por BELING, pues manifiesta que este último puso en relieve que "muchas normas jurídicas no se encuentran formuladas por otras ramas del Derecho y su invocación debe hacerse, por tanto, en forma extralegal". Certeramente PAVÓN VASCONCELOS zanja la ardua cuestión con base en las constelativas normas de cultura destacadas por Max Ernest MAYER que simboliza, en el principio: *El orden jurídico es un orden de cultura*. En esta parte de la obra analiza también con mucha claridad los criterios rectores de interpretación de la ley, las clases de interpretación, los problemas de las lagunas de la ley, la analogía, los ámbitos espaciales, personales y temporales de la Ley Penal y el concurso aparente de normas penales y principios elaborados para su solución.

Es la segunda parte ---*Teoría del Delito*--- la más extensa e interesante de este libro ejemplar. Desde las primeras páginas PAVÓN VASCONCELOS

se adscribe abiertamente a la concepción del delito estrictamente jurídica, en la que, con mucho acierto, supera el aspecto formalístico que se desprende de los principios constitucionales y se adentra en una concepción sustancialista obtenida del total ordenamiento jurídico-penal. PAVÓN VASCONCELOS se adhiere, por cuanto se relaciona con los caracteres del delito, a la equilibrada concepción *pentatómica*: a) *conducta*; b) *tipicidad*; c) *antijuricidad*; d) *culpabilidad*; y e) *punibilidad*. Empero, se cuida mucho advertir, fiel a las sabias enseñanzas del eximio maestro ecuménico –hemos citado a JIMÉNEZ DE ASÚA-, que sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que revierten las acciones u omisiones que las leyes sancionan.

No sería discreto hacer aquí un minucioso examen de cuanto expone el autor en torno a cada uno de los caracteres del delito y, además inútil, pues no podría nunca abarcar el íntegro pensamiento del autor, máxime tratándose de una obran tan maciza y completa como la que motiva estas líneas. Pero sí nos cumple insistir en que este nuevo libro de PAVÓN VASCONCELOS se caracteriza, como todos sus anteriores, no solamente por la claridad expositiva y madurez de juicio, sino también por su rango y seriedad científica, bien puestos en relieve por el rico acervo bibliográfico utilizado por el autor, probamente destacado en el texto y notas de cada una de sus páginas.

Sigue PAVÓN VASCONCELOS en su magnífico *Manual* las formas apolíneas constitutivas de la más clásica tradición de México, divorciándose de los fondos dionisíacos que se advierten en otros penalistas. Y aunque verdad es que siempre hemos rendido un reverencial culto a los apolíneos, pues sus bellas construcciones y su buen decir hacen del Derecho Penal un dechado de estética y de arte, sentimos también una incoercible atracción por los dionisíacos, esto es, por aquellos que ante los magnos y profundos problemas que presentan el delito y la pena, viven y sufren diariamente una dramática angustia.

Mariano JIMÉNEZ HUERTA

NOTA A LA DECIMOSÉPTIMA EDICIÓN

En los años de 1961 y 1964, bajo el patrocinio de la Editorial Jurídica Mexicana y del Instituto de Ciencias Autónomo de Zacatecas (hoy Universidad Autónoma de Zacatecas), se publicaron con el título de *Nociones de Derecho Penal Mexicano*, los volúmenes primero y segundo de lo que sería después nuestro *Manual de Derecho Penal Mexicano* y que ahora, en su decimoséptima edición, se pone al día al comentar las últimas reformas penales, tarea que habíamos iniciado en la anterior edición de esta obra. Queda con ello patente nuestra intención de poner, en manos de los estudiosos del Derecho Penal Mexicano, un *programa mínimo* sobre la materia, sin extender en demasía el texto que lo informa, dejando esa tarea a las notas que insertamos al pie de página, lo que seguramente facilitará su lectura y comprensión.

Expresamos nuestro agradecimiento a los alumnos que nos han alentado en nuestro esfuerzo, a quienes dedicamos con sincera modestia el presente trabajo que expresa, así lo creemos, los conceptos trazados en la cátedra. Si logramos servirles, esa será nuestra mejor recompensa.

EL AUTOR

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL

SUMARIO

1. Definición.—2. Terminología adecuada.—3. El titular del Derecho pe-nal y sus destinatarios.—4. Los caracteres del derecho penal.—5. Partes del Derecho penal.—6. Derecho penal sustantivo y Derecho penal adje-tivo.—7. Relaciones del Derecho penal con otras ramas del Derecho.

1. DEFINICIÓN

Derecho penal *es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.*

Múltiples son las definiciones que diversos autores han estructurado sobre el Derecho Penal. Partiendo de la idea de que el Derecho en general surge como expresión de la necesidad de ordenar y organizar la vida comunitaria, al Derecho penal se le ha visto siempre como un conjunto de normas de superior jerarquía por tutelar intereses jurídicos del individuo, del Estado y de la sociedad. Es por ello que LABATUT GLENA se refiere a él como conjunto de normas cuya misión es regular las conductas "que se estimen capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción",[1] en tanto para COUSIÑO MAC IVER es "conjunto de leyes o de normas que describen los hechos punibles y determinan las penas".[2] MEZGER lo define, tomando ideas de VON LISZT, como "conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica".[3]

Entre los autores mexicanos CARRANCA TRUJILLO, después de pasar revista a diversas definiciones, concluye por afirmar que las mismas

[1] *Derecho Penal. Parte General*, p. 15, Editorial Jurídica de Chile, 1964.
[2] *Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, p. 9, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
[3] *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, p. 3, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ.

ofrecen tres vértices de coincidencia: delito, pena y relación jurídica entre ambos, considerando objetivamente que el Derecho Penal es el "conjunto de leyes mediante las cuales 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".[4] Para PORTE PETIT CANDAUDAP el Derecho Penal es "conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos y ordena ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción".[5] En fin, Ignacio VILLALOBOS declara que el Derecho Penal "es originaria y legítimamente, una rama del Derecho Público interno cuyas disposiciones se encaminan a mantener el orden social, reprimiendo los delitos por medio de las penas".[6]

En general, los autores de la materia distinguen, al definirlo, entre el Derecho penal *objetivo* y el *subjetivo*. Desde el punto de vista *objetivo* se le considera el *conjunto de normas jurídicas que asocia al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica*.[7] Sebastián SOLER llama Derecho penal "a la parte del Derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente a la pena".[8]

El Derecho penal *subjetivo* se identifica con *la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quie - nes los cometan, o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir*. Por ello CUELLO CALÓN afirma que, en sentido subjetivo, es el *derecho a castigar (jus puniendi)*, el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas, afirmando que en tal noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal.[9]}

---

[4] *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 17, Decimasexta edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

[5] *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, Vol. I, p. 16, Octava edición, Editorial Porrúa, México, 1983.

[6] *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 15, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1960.

[7] Franz VON LISZT: Tratado de Derecho Penal, I, p. 1. Editorial Reus, Madrid, edición 1926. Trad. JIMÉNEZ DE ASUA..

[8] *Derecho Penal Argentino*, I, p. 21, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1951. Primera reimpresión. Pretendiendo alejarse de un concepto apriorístico, por su poca utilidad práctica, JIMÉNEZ DE ASUA formula sin embargo una definición *objetiva* del derecho penal, considerándolo como *un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora*, aclarando que una definición de Derecho penal, por ser éste una rama jurídica, "no es otra cosa que parte, en que se destaca 'la última diferencia', de una definición general, del Derecho, que a su vez, si es correcta, enumerará también la sanción, y por ende, estará tácitamente abarcada la sanción punitiva". *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 33, Cuarta Edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977.

[9] *Derecho Penal. Parte General*, I, p. 7, Decimacuarta edición, Bosch, Barcelona 1964- El Derecho Penal es, en criterio de E. BACIGALUPO, un instrumento de control social, como otros instrumentos que tienen idéntica finalidad y cuya diferencia con éstos radica en la sanción, agregando que otro tipo de sanciones (éticas, por ejemplo) " se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las de derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a

Para algunos autores, tal potestad viene a constituir más que un derecho, un *deber* del Estado. Juan DEL ROSAL apunta textualmente: "Esta potestad es en realidad, un deber del Estado para que las personas y la vida comunitaria puedan cumplir sus fines propios."[10]

Cuestión debatida hace largo rato es la relativa a la existencia de un *derecho subjetivo* del Estado para castigar *(ius puniendi)* y el problema ha tenido origen en los excesos de tal supuesto derecho en algunos Estados de tendencias totalitarias, razón que lleva a algunos autores a acentuar el carácter *jurídico* del Derecho Penal visto desde el ángulo subjetivo, en tanto otros lo privan de su condición de derecho propiamente. En este empeño, QUINTANO RIPOLLES afirma que el Derecho Penal vale tanto como facultad o potestad para crear las normas y darles vida, según relata COUSINO MAC IVER, lo cual equivale a "prefijar delitos y penas, aplicándolas dentro de un marco jurídico; empero, las limitaciones de la anterior definición demuestran hasta qué punto implican un cercenamiento de la potestad soberana del Estado", en tanto otros piensan que los derecho *subjetivos* van de la mano con la voluntad individual para gozar de los bienes jurídicos que el Derecho tutela, libertad de acción que no tiene el Estado, pues más que derecho tiene *deberes* respecto del castigo de los delincuentes (Luis COUSINO MAC IVER. *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Vol. I, pp. 7-8, Editorial Jurídica de Chile, 1975). Desde BINDING, quien destacó el *jus puniendi* como un derecho subjetivo del Estado, estimándolo un derecho de obediencia, un gran número de destacados juristas se muestran partidiarios de su reconocimiento.. Así, ROCCO se refiere a un particular derecho de obediencia a los preceptos penales, en tanto GIUSPIGNI se muestra inclinado a sostener un derecho subjetivo de castigar indentificándolo con el derecho del Estado a su supervivencia, en el cual está presente la idea de considerar al delito como la *conducta humana que ofende al derecho del Estado a la existencia y a la propia conservación (Diritto Penale Italiano*, Vol. I, p. 159. Milano, 1947). En contra de tal criterio rompe lanzas Enrique FERRI, quien empieza por afirmar que la ley penal provee a la defensa social, y de tal afirmación deriva, entre otras consecuencia, su *potestad soberana*, pues *como quiera que la ley penal*

---

sus alcances, duración, derechos que afecta, etc. "Este instrumento de control social, que se denomina Derecho Penal, se vincula con *comportamientos desviados*" para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de control en las sociedades modernas) amenaza sanciónes concretas", sin que dichos comportamientos sean siempre materia de dicho derecho siendo un error identificarlos por ello con un comportamiento *criminal*: "Las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una *selección* de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal", el que desde esta perspectiva cumple (al igual que otros ordenamientos normativos) "con una *función reparadora del equilibrio de un sistema social* (...) perturbado por el delito" (*Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 1-2, Editorial Témis, Bogotá, 1989. Reimpresión)

[10] *Derecho Penal* (Lecciones), p. 19, 2ª edición, Valladolid, 1954.

representa el ejercicio por parte del Estado del poder supremo y del deber de defensa social, el derecho punitivo no puede reducirse a un derecho subjetivo del Estado frente al reo. El destacado positivista argurmenta que el Estado ejercita una potestad soberana y trascendente, por la que tiene no sólo el *derecho* sino también el *deber* de castigar conforme a las normas legales *(Principios de Derecho Criminal*, pp. 113 a 117. Editorial Reno, Madrid, 1933).

2. TERMINOLOGÍA ADECUADA

El Derecho penal ha recibido otras designaciones, tales como Derecho represivo, Derecho de defensa social, Derecho criminal, Derecho sancionador, Derecho restaurador, etc. De todas ellas, la más comunes son: Derecho penal y Derecho criminal, seguramente por ser las más antiguas y designar mejor el contenido de las normas que se ocupan del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad.

Si la pena constituye el medio más eficaz de la represión del delito –fin del sistema de normas de cuyo estudio nos ocuparemos--, parece cobrar definitiva importancia la denominación Derecho penal, por ser ésta comprensiva de aquélla y tener, como expresa PETROCELLI "la idoneidad suficiente distinguir por sí misma la sanción establecida para los delitos de otras sanciones de carácter aflictivo contenidas en otras formas de hechos ilícitos."[11]

ANTOLISEI prefiere la denominación *Derecho criminal*, por estimar que el término "Derecho penal" es demasiado restringido e inapropiado para comprender otras consecuencias distintas a las penas, como son las medidas de seguridad.[12] Coincide con tal opinión Edmundo MEZGER, al hacer notar que el contenido del Derecho penal va más allá del límite señalado por el sentido gramatical del nombre, pues siendo cierto que la pena es en el Código del Reich el medio preferente de lucha contra el crimen, no puede ya hablarse de ella como exclusiva consecuencia jurídica del delito, pues el conocimiento científico ha hecho ver que deben incorporarse al ordenamiento positivo otros medios de prevención de los delitos.[13]

Entre nosotros, Fernando CASTELLANOS prefiere la expresión *Derecho penal*, no sólo por razones de tradición sino de esencia, haciendo notar que4 el término Derecho criminal se presta a confusiones por cuanto, en algunas legislaciones, se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas, mientras nuestra ley alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos a los que en otros países se denominan

[11] *Principi di Diritto Penale*, p. 6, Napoli, edición 1950.
[12] *Manuale di Diritto Penale*, p. 2, Milano, edición 1955.
[13] *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 4, Madrid, 1955. Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ.

crímenes. Critica con acierto la connotación *Derecho de defensa social*, diciendo que resulta equívoca, pues no únicamente el penal se dicta para la defensa de la sociedad.[14]

Aunque a nosotros parécenos acertada la denominación *Derecho penal*, dado que desde un punto de vista genérico o en sentido amplio, la *pena* constituye el instrumento más eficaz de que el Estado se vale para reprimir determinadas conductas antijurídicas y culpables, es igualmente cierto que no todas las normas que forman parte del Derecho penal se refieren al delito o a la pena. Alfredo ETCHEBERRY recuerda que son disciplinas relativamente autónomas el derecho penal *sustantivo*, el derecho penal *adjetivo* y el derecho penal *ejecutivo*, lo que no constituye un obstáculo para que se incline a considerar correcta la denominación *Derecho criminal*, invocando en su apoyo una larga tradición jurídica. *Derecho criminal*, dice el autor chileno, es el nombre que se le da a nuestra disciplina en los países anglosajones *(Criminal Law}* y ha merecido la aceptación de juristas tan distinguidos como CARRARA, aunque considera que se trata de una cuestión no esencial sino de énfasis: "Considerando primordialmente la pena –razona--, se emplea la denominación Derecho Penal; atendiendo preferentemente al delito (o crimen)), se usan los términos (derecho criminal). Se han propuesto, sin mayor fortuna, otras denominaciones, como 'derecho sancionatorio' o 'derecho de defensa social'. Las críticas a la denominación tradicional señalan su insuficiencia, pues esta rama del derecho debe referirse también a ciertas instituciones jurídicas cuyo fin no es la represión de los delitos ya cometidos, sino la prevención de los delitos y la rehabilitación de quienes los han cometido o pudieran cometerlos, instituciones que en general se denominan 'medidas de seguridad'. Sin embargo, debe admitirse que las medidas de seguridad, aunque su finalidad sea diferente, se traducen en último término en alguna forma de disminución de derechos personales, y caben también en ese concepto tan amplio de *pena*. Por fin, caen dentro del estudio del derecho penal algunas instituciones del derecho civil, como las reglas acera de la indemnización debidas a las víctimas de un delito, ya que cuando ella es consecuencia de la comisión de uno de esa especie, la retribución no es sólo cuestión de interés privado sino igualmente de interés social"[15]

3. EL TITULAR DEL DERECHO PENAL Y SUS DESTINATARIOS

Si únicamente el Estado, en razón de su soberanía, es el que dicta las normas creadoras de los delitos y las penas o medidas de seguridad

[14] *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 20. Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976.
[15] *Ob. Cit.,* p. 15

aplicables, es el propio Estado el *titular* del Derecho penal, Tal punto de vista ha sido aceptado, entre otros especialistas, por CUELLO CALÓN en España[16] y PORTE PETIT en México.[17]

¿Quiénes son los destinatarios del Derecho penal? Sobre esta cuestión la doctrina sostiene opuestos puntos de vista. Si la norma tiene una finalidad, debe investigarse quién es el sujeto a la que va destinada; algunos pretenden que los mandatos contenidos en el Derecho penal se dirigen exclusivamente a los órganos encargados de aplicarlo, posición creada por IHERING y que ha encontrado eco en gran número de especialistas. Otros ven en los ciudadanos a sus auténticos destinatarios, pues a ellos están dirigidos los mandatos y prohibiciones contenidas en las normas penales. Un tercer criterio estima que son destinatarios de las normas penales tanto los órganos del Estado encargados de la aplicación de las leyes penales, como los gobernados: el precepto en el cual está contenido el mandato o la prohibición, se dirige a los súbditos, mientras la norma que amenaza de sanción está destinada en forma directa al encargado de aplicarla.

En esta polémica, más teórica que práctica, RODRÍGUEZ MOURULLO toma partido por el criterio mixto considerando que las normas que prevén delitos y vinculan a ellos una pena están destinadas tanto a los miembros de la vida comunitaria como a los órganos judiciales del Estado que deben aplicarlas, ya que las mencionadas normas "contienen no sólo un precepto dirigido al súbdito que indica a éste la conducta que debe mantener para evitar la imposición de la pena (...), sino también otro precepto dirigido al Juez señalándose a éste que, cuando se haya violado el primer precepto, debe aplicársele al infractor una determinada pena (...). En este sentido se ha dicho que en la norma penal hay una norma de conducta social (no matar, no robar, etc.) dirigida a los ciudadanos y una norma o instrucción de oficio (el que mata a otro será castigado con reclusión menor). Para aludir a este doble aspecto preceptivo contenido en la norma penal que anuda una pena al hecho previsto como delito, se habla, a veces, en la doctrina de un *precepto primario*, que señala la regla de conducta dirigida al ciudadano, y un *precepto secundario* dirigido a los órganos competentes del Estado, que obliga a éstos a imponer precisamente una determinada pena cuando se haya violado el primer precepto (...)".[18]

---

[16] Aduce CUELLO CALÓN que definir los delitos, determinar las penas y medias de seguridad, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad del Estado, pues fuera de él no hay verdadero Derecho Penal. *Derecho Penal*, I, p. 8, 12ª edición.

[17] *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*, I, p. 9, México, ed. 1960.

[18] *Derecho Penal. Parte General*, pp. 84-85. Editorial Civitas, Madrid, 1978- En igual sentido REYES ECHANDIA, para quien, si bien la norma penal se integra con el *precepto* y la *sanción*, tales elementos no se pueden separar arbitrariamente por constituir aspectos "inescindibles de un

4. LOS CARACTERES DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal es:

a) Público:
b) Sancionador;
c) Valorativo;
d) Finalista, y
e) Personalísimo.

Edmundo MEZGER afirma, como los demás autores de la materia, la naturaleza pública del Derecho penal, en virtud de normar relaciones entre el individuo y la colectividad.[19] Si el *Derecho público* es el conjunto de normas que regula las relaciones en que el Estado interviene como entidad soberana, y el *Derecho privado* se ocupa exclusivamente de las relaciones entre los particulares, es claro que el Derecho penal integra una rama del *Derecho público* al establecer una vinculación directa entre el poder público y los particulares destinatarios de sus normas.[20] A idéntica conclusión arriba JIMÉNEZ DE ASÚA, cuando reafirma el criterio de que el Derecho penal es un *Derecho público*, porque ex clusivamente el Estado es capaz de crear normas que definan delitos e impongan sanciones, en acatamiento al principio liberal: *nullum crimen, nulla poena sine lege.*[21]

Se ha discutido largamente si el Derecho penal es *constitutivo* o es sancionador, aun cuando la opinión dominante se inclina a la segunda afirmación. Eduardo NOVOA hace notar que el calificativo de "secundario", atribuido al Derecho penal, al negarle carácter constitutivo, ha despertado la repulsa de muchos penalistas, por creer que su naturaleza sancionadora lo coloca en un plano de inferioridad con relación a otras ramas del Derecho. "Por ello –dice NOVOA--, han tratado de demostrar que el Derecho penal es tan importante como cualquier Derecho constitutivo, arguyendo que él es autónomo en la determinación delos hechos punibles sometidos a sus sanciones, o como lo ex presan en términos que aún no hemos explicado, que es soberano en la acuñación de los tipos. El afán nos parece pueril. Que el Derecho penal sea sancionatorio y no constitutivo, no le resta ni categoría cien-

---

mismo todo", esto es, la norma, que con toda plenitud llega tanto a los particulares como a los jueces, de manera que ni unos ni otros desconocen su contenido, pues los particulares conocen la sanción que les espera en caso de infracción del precepto y los jueces "el precepto en cuanto presupuesto necesario de la pena (...)". *Derecho Penal. Parte General*, p. 45. Editorial Témis, Bogotá, 1990. Segunda reimpresión de la Undécima edición.

[19] *Tratado*, I, p. 7.

[20] Cfr. CASTELLANOS TENA, *ob. Cit*., p. 20. Admitida la división tradicional de derecho público y derecho privado, el penal debe ser incluido, como una de sus ramas, en el derecho público, según afirmación de ANÍBAL BRUNO, pues pretende regular relaciones jurídicas entre los individuos y el Estado, para asegurar las condiciones de convivencia social, tutelando bienes jurídicos que interesan fundamentalmente a la colectividad organizada. *Direito Penal* (Parte General), I, Tomo 1º, p. 25 forense, Río.

[21] *La ley y el delito*, p. 21. Editorial Hermes, 2ª edición, 1954.

tífica ni jerarquía jurídica. Por el contrario justamente de ahí deriva su trascendencia: ser apoyo insustituible para el ordenamiento jurídico general y estar ligado, más que rama alguna del Derecho, a la eficacia y subsistencia de ese ordenamiento".[22]

Los autores que, como CAVALLO, afirman el carácter *constitutivo* del Derecho penal, razonan que se trata de un Derecho creador de normas que impone no sólo sanciones, sino da origen a mandatos o prohibiciones que tienden a la tutela de ciertos bienes jurídicos. PORTE PETIT se adhiere a este criterio, e invocando la autoridad de PETROCELLI proclama la *autonomía* del Derecho penal, otorgándole el carácter de Derecho creador de normas y no solamente sancionador, pues ello equivaldría a pretender que debe pedir a otros Derechos "muletas para poder caminar en su fatigosa marcha".[23]

Nuestro criterio es diverso. Ya Carlos BINDING señaló el carácter *sancionador* del Derecho penal al estructurar su célebre teoría de las normas y si bien es cierto que no siempre se encuentra en las otras ramas del Derecho la norma quebrantada, cuando el sujeto ajusta su proceder a la conducta o al hecho descrito en la ley penal, tal dificultad, por cierto excepcional, se allana mediante la teoría de las *normas de cultura*, elaborada por Max Ernesto MAYER, a la cual nos referiremos al tratar de la antijuridicidad en el delito.

En consecuencia, si la ley penal surge por la existencia previa de la norma de cultura que la exige, evidentemente el Derecho penal no crea las normas y, en esa virtud, no es un Derecho constitutivo sino simplemente sancionador. Por ello es del todo aceptable la idea ex puesta por JIMÉNEZ DE ASÚA, de que el Derecho penal garantiza pero no crea las normas.[24] "La misión del Derecho penal –dice NOVOA--, es dar

---

[22] *Curso de Derecho Penal Chileno*, p. 30, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

[23] *Ob. Cit.*, I. p. 8.

[24] *Ob. Cit*. p. 23. "A nuestro juicio no cabe duda alguna de la índole secundaria, complementaria y sancionadora del Derecho penal... El Derecho punitivo protege con la redoblada sanción que es la pena, los bienes jurídicos. Esta enérgica defensa de los intereses protegidos por el derecho, interviene en todos los dominios jurídicos. Y precisamente que sea una de las características específicas del delito –la 'última diferencia'--, el estar 'sancionado con una pena', constituye el corolario dela naturaleza complementaria del Derecho Penal... Por nuestra parte aceptamos, sin reparos, la tesis garantizadora, y por ende secundaria del Derecho Penal. La autonomía y hasta el carácter agotador de los tipos, que es el argumento que emplea MEZGER, basándolo en palabras de BELING, es más falaz de lo que a primera vista parece, y si bien resulta congruente con la posición mezgeriana de ver en la tipicidad la *ratio essendi* de lo injusto, cae por su base cuando se estima la tipicidad como mera descripción objetiva con el más reducido papel de indicar y concretizar la antijuricidad". JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 41. Cuarta edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964. BETTIOL comienza por afirmar el carácter sancionatorio del derecho penal por cuanto siempre reacciona con una sanción al hecho violatorio del precepto, de donde adviértese que la sanción es la *consecuencia jurídica del incumplimiento de un deber* y recibe la denominación de *pena*, cuyo carácter aflictivo es patente en cuanto se traduce en un mal al autor de un delito: con ella se trata de afirmar la autoridad del Estado, afectada en lo que tiene de más particular, o sea el poder de establecer normas penales destinadas a tutelar valores sociales. De allí su conclusión de que la pena es sanción retributiva con contenido ético, porque la retribución tiene carácter ético. Esta y otras afirmaciones (véase BETTIOL, *Derecho Penal, Parte General*, p. 78-79, Editorial Témis, Bogotá, 1965) han llevado a pensar que el autor glosado sostiene que el Derecho Penal es *constitutivo* y que en él se encuentran sus propias normas (en tal sentido interpretativo, la afirmación de COUSIÑO MAC IVER, en su *Derecho Penal Chileno*, Parte General, I, p. 31).

amparo, con la más enérgica de las reacciones de que es capaz el Derecho, a los bienes jurídicos que tienen mayor jerarquía y significación social. Estos bienes jurídicos vitales pueden emanar, por ejemplo, del Derecho constitucional (integridad institucional y garantías constitucionales) del Derecho administrativo (deberes esenciales de los funcionarios públicos), del Derecho civil (derecho de propiedad), del Derecho comercial (eficacia del cheque), etc. Cuando se atenta contra uno de estos bienes jurídicos, quebrantando la norma consagrada respecto de ellos por la pertinente rama jurídica, en la forma determinada prevista por el precepto penal, se comete un delito, porque el legislador penal, estimando el alto valor de aquellos bienes, ha descrito como delictuosas esas conductas atentatorias, y ha prefijado para ellas una pena".[25]

El Derecho penal es *valorativo*, según lo ha hecho observar JIMÉNEZ DE ASÚA. "La filosofía de los valores –expresa--, ha penetrado profundamente en el Derecho y por eso afirmamos que nuestra disciplina es valorativa".[26] Sólo admitiendo su carácter valorativo, agregamos nosotros, es posible la comprensión de algunos de los problemas que plantean ciertas instituciones del Derecho penal. Sebastián SOLER, al explicar que el Derecho penal es normativo, finalista y valorativo, argumenta que el mundo de las normas debe asentarse en la realidad, "pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosos o no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados. La ley, por tanto, regula la

[25] Ob. Cit., p. 29. Avala la posición adoptada, el sólido prestigio de REINHART MAURACH para quien el cometido del *ordenamiento jurídico* es adoptar las medidas necesarias para una convivencia ordenada en la sociedad sometida al Estado, objetivo con el cual coincide el derecho penal, mediante la aplicación de los recursos a él confiados, sin que ello signifique que sea este derecho la única rama del derecho dotada de recursos coactivos. Afirma MAURACH que el ordenamiento jurídico dispone de los más diversos recursos para procurarse autoridad y garantizar su prevalencia, pero "*desde el punto de vista de política jurídica*, la selección y la acumulación de estas medidas, se encuentran sometidas al postulado de que no está justificado aplicar un recurso más grave cuando cabe esperar el mismo resultado de uno más suave: tan reprobable y absurdo es aplicar penas criminales a la infracción de obligaciones privadas contractuales, como querer impedir un asesinato amenazando al auto con la simple imposición de las costas del entierro o con la privación de la legítima que le correspondería sobre la víctima. *Jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la *ultima ratio legis*, encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público. La naturaleza secundaria del derecho penal no es más que una *exigencia* ética dirigida al *legislador*". *Tratado de Derecho Penal*, I, p. 31, Ediciones Ariel. Barcelona, 1962. Trad. Juan CÓRDOBA RODA.

[26] *Ob. Cit.*, p. 22.

conducta que los hombres *deberán* observar con relación a esas realidades, en función de *un fin*, colectivamente perseguido y de una *valoración* de esos hecho. Esas normas son reguladoras de conducta, no comprobaciones de hecho; su contenido es una exigencia, un *deber ser*, no una realidad, *un ser*. Lo que la ley natural predice es algo que, en sus líneas generales, efectivamente tiene que ocurrir; lo que una norma jurídica dispone, puede, de hecho, no ocurrir. La ley jurídica puede ser, efectivamente transgredida. No toda transgresión a ese sistema regulador de la conducta impuesto en una sociedad conforme a una finalidad y a un sistema de valoraciones, importa necesariamente, sin embargo, una tansgresión penal. Dentro de la escala de valores, existe un más y un menos y, conforme a la jerarquía de cada valor, el Derecho dispone distintas jerarquías de exigencia. El Derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante las transgresiones que vulneran los valores fundamentales de una sociedad".[27] Que el Derecho penal es valorativo nos lo demuestra el hecho innegable de que sus normas jurídicas regulan conductas y al imponer un deber jurídico determinado bajo la amenaza de la pena, penetra del mundo del *ser* al del *deber ser*. En efecto, como el hecho del hombre es un acontecimiento ocurrido en el mundo material de relación y por ello perteneciente a la categoría del *ser*, constituyendo el objeto de la normatividad jurídica que prescribe la conducta debida, ésta adquiere la categoría de *deber ser* al asociar al incumplimiento de dicha conducta la imposición de una pena. Aún más patente resulta su carácter valorativo en cuanto la jurisdicción realza la función de aplicar la ley, pues ella requiere, como es sabido, la operación de subsumir el hecho real en la hipótesis normativa para poder valorarlo y determinar su contrariedad con la norma. De ahí que se afirme que la noción del delito responde a un concepto deontológico, pues requiere el valorar la conducta precisamente dentro del ámbito de las normas.

El Derecho penal es igualmente *finalista*, como lo ha proclamado el mismo JIMÉNEZ DE ASÚA al señalar que si se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin, Este, al decir de ANTOLISEI, consiste en *combatir el triste fenómeno de la criminalidad*.[28] En realidad, el fin del Derecho penal puede ser *mediato o inmediato*: éste se identifica con la represión del delito, mientras el primero, tiene como meta principal, el *lograr la sana convivencia social*.

Heinrich JESCHECK, en su *Tratado de Derecho Penal*, empieza por afirmar que la misión del derecho punitivo consiste en *proteger la convivencia humana en la comunidad* y que tal derecho únicamente pue-

[27] Ob. Cit., I, pp. 38-39.
[28] Ob. Cit., p. 2.

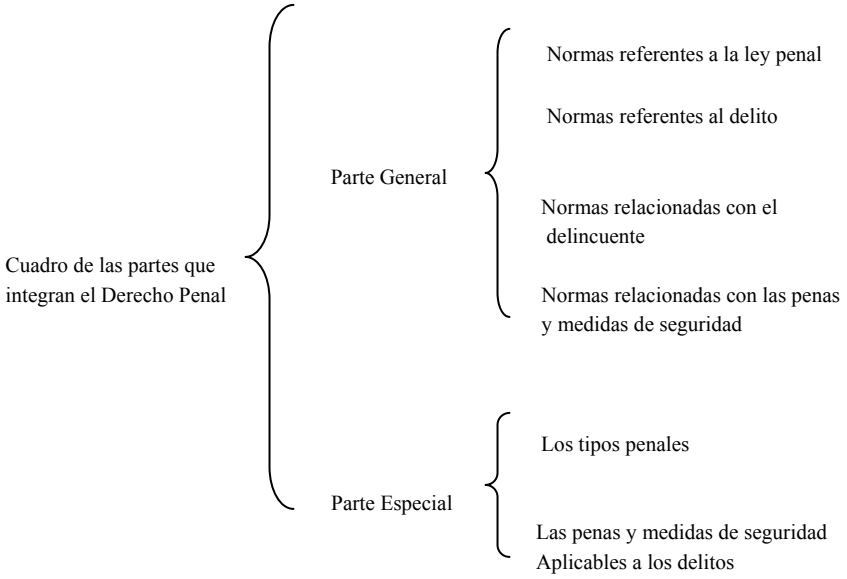
de imponer limitaciones cuando ello resulte indispensable para la protección de la sociedad, puesto que la Constitución pretende garantizar, en general, la libertad humana de actuación. En primer lugar, afirma JESCHECK, el derecho penal realiza su tarea de protección de la sociedad, al castigar las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza eminentemente *represiva*, pero cumple, en segundo lugar, esa misión de protección, por medio de la prevención de infracciones de posible realización futura, por lo que posee naturaleza *preventiva*. No obstante, ninguna de esas funciones son contradictorias sino deben ser concebidas como una unidad. La función esencial del derecho penal tien, según la opinión del destacado autor, la finalidad de tutela a través del poder coactivo del Estado (protección representada por la pena pública), como lo son los bienes de la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, etc. El mismo autor sostiene que el derecho penal determina qué tipo de contravenciones del orden social constituyen delito y señala las penas que han de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Consecuentemente, el derecho punitivo se apoya en el *ius puniendi* que, a su vez, constituye una parte del poder estatal, y considerando que uno de los cometidos o funciones esenciales del Estado es la creación del orden jurídico, pues sin él no sería posible la convivencia humana, se justifica plenamente, considerar como basamento del derecho penal el poder punitivo del Estado.[29]

Por último, si se atiende a que la pena únicamente se aplica al delincuente, por haber cometido el delito, sin sobrepasar su esfera personal, resulta que el Derecho penal tiene también como carácter esencial ser un Derecho *personalísimo*; ello queda demostrado por el hecho de que la muerte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código Penal, elimina la responsabilidad del delincuente, al extinguir tanto la acción penal como las sanciones que se hubieren impuesto, excepción hecha de la *reparación de daño* y la de *decomiso* de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

5. PARTES DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal se ha dividido tradicionalmente en *Parte General y Parte Especial.* La primera comprende las normas secundarias, accesorias o simplemente declarativas referentes al delito, al delincuente y a las penas y mediadas de seguridad; mientras la segunda se integra con los tipos penales y las penas que a cada delito corresponden.

[29] *Tratado de Derecho Penal*, I, pp. 11 a 16. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1981. Trad. de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE.



El Código Penal Federal, se forma de dos libros, cuyo número de artículos ha venido variando desde su publicación hasta la fecha, a virtud de sus múltiples reformas, adiciones y derogaciones, pero actualmente el Libro Primero se encuentra formado de un *título preliminar* y seis títulos más que se refieren a: 1. *Responsabilidad Penal* (reglas generales sobre delitos y responsabilidad); 2. *Penas y medidas de seguridad*; 3. *Aplicación de las sanciones*; 4. *Ejecución de sentencias*; 5. *Ex tinción de la responsabilidad penal*, y 6. *Delincuencia de menores*, este último derogado a virtud de la promulgación de la ley que creó los consejos Tutelares para Menores del Distrito Federal y de las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, que otorgó vigencia, en materia federal, al procedimiento, a las medidas y a la aplicación de éstas, consignados en la citada ley que creó los referidos Consejos Tutelares, posteriormente sustituida por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, promulgada por el Ejecutivo de la Unión mediante Decreto de 19 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 del mismo mes y año. El libro Segundo se integra de 26 Títulos, referentes a: 1. *Delitos contra la seguridad de la Nación*; 2. *Delitos contra el Derecho Internacional*; 3. *Delitos contra la humanidad*; 4. *Delitos contra la seguridad pública*; 5. *Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia*; 6. *Delitos contra la autoridad*; 7. *Delitos contra la salud*; 8. *Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres*; 9. *Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática*; 10. *Delitos cometidos por servidores públicos*; 11. *Delitos cometidos contra la administración de justicia*; 12. *Responsabilidad profesional*; 13. *Falsedad*; 14. *Delitos contra la economía pública*; 15. *Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual*; 16. *Delitos contra el estado civil y bigamia*; 17. *Delitos en materia de in-*

humaciones y exhumaciones; 18. *Delitos contra la paz y la seguridad de las personas*; 19. *Delitos contra la vida y la integridad corporal*; 20. *Delitos contra el honor*; 21. *Privación de la libertad y de otras garantías*; 22. *Delitos en contra de las personas en su patrimonio*; 23. *Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita*; 24. *Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos*; 25. *Delitos Ambientales*; 26. *Delitos en materia de Derecho de Autor*.

Mediante Decreto de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y previa promulgación del Jefe de Gobierno se publicó en la Gaceta Oficial del 16 de julio del año 2002, el nuevo Código para el Distrito Federal, que como su predecesor consta de dos libros, el primero de ellos integrado por un título *preliminar* de *"Principios y Garantías Penales"* y cinco títulos más referentes a la *"Ley Penal"*, *"El Delito"*, a las *"Consecuencias del Delito"*, a la *"Aplicación de penas y medidas de seguirdad"* y el último a la *"Extinción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad"*, en tanto el segundo se encuentra integrado de veintiséis títulos denominados den su orden de la siguiente manera: "*Delitos contra la vida y la integridad corporal*" (Título Primero); "*Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética*" (Título Segundo); "*Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas*" (Título Tercero); "*Delitos contra la libertad personal*" (Título Cuarto); "*Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual*" (Título Quinto); "*Delitos contra la moral pública*" (Título Sexto); "*Delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar*" (Título Séptimo); "*Delitos contra la integridad familiar*" (Título Octavo); "*Delitos contra la filiación y la institución del matrimonio*" (Título Noveno); "*Delitos contra la dignidad de las personas*" (Título Décimo); "*Delitos contra las normas de la inhumación y exhumación y contra el respeto a los cadáveres o restos humanos*" (Título Décimo Primero); "*Delitos contra la paz y seguridad de las personas y la inviolabilidad del secreto*" (Título Décimo, Segundo); "*Delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto*" (Título Décimo Tercero); "*Delitos contra el honor*" (Título Décimo Cuarto); "*Delitos contra el patrimonio*" (Título Décimo Quinto); "*Operaciones con recursos de procedencia ilícita*" (Título Décimo Sexto); "*Delitos contra la seguridad colectiva*" (Título Décimo Séptimo); "*Delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos*" (Título Décimo Octavo); "*Delitos contra el servicio público cometidos por particulares*" (Título Décimo Noveno); "*Delitos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos por servidores públicos*" (Título Vigésimo); "*Delitos contra la procuración y administración de justicia cometidos por particulares*" (Título Vigésimo Primero); "*Delitos cometidos en el ejercicio de la profesión*" (Título Vigésimo Segundo); "*Delitos contra la seguridad pública y el normal funcionamiento de las vías de comunicación y de los medios de transporte*" (Título

Vigésimo Tercero); "*Delitos contra la fe pública*" (Título Vigésimo Cuarto); "*Delitos ambientales"* (Título Vigésimo Quinto); "*Delitos contra la democracia electoral*" (Título Vigésimo Sexto).

6. DERECHO PENAL SUBSTANTIVO Y DERECHO PENAL ADJETIVO

Dentro del conjunto de normas que se ocupan del delito y sus consecuencias, se han estimado como ciencias autónomas:

a) El Derecho penal substantivo;
b) El Derecho penal adjetivo, también llamado formal, y
c) El Derecho penal ejecutivo.

Al referirse al contenido del Derecho penal e invocando la opinión de VON HIPPEL., expresa JIMÉNEZ DE ASÚA que se puede hablar de *Derecho Material*, *Derecho formal* y *Derecho ejecutivo* con relación a las normas jurídicas, aclarando que los penalistas, en estricto sentido, se ocupan sólo del primero.[30] El propio autor hace observar que las normas substantivas no deben aplicarse arbitrariamente, sino en forma sistemática y ordenada, y tal necesidad queda satisfecha mediante otros ordenamientos que señalan los procedimientos a seguir en la aplicación del Derecho material, recibiendo tales normas la denominación de Derecho adjetivo o instrumental, también llamado Derecho procesal. Este se define como el *conjunto de normas jurídicas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares*, queriéndose con ello destacar el dinamismo característico de sus normas, al considerar que mientras el Derecho penal material o sustantivo es *abstracto y estático*, el Derecho penal adjetivo o procesal es, por el contrario, *concreto y dinámico*: a él compete, a través de sus principios y procedimientos, precisar la existencia de los delitos y de los responsables y determinar en concreto las penas aplicables que, en abstracto, señalan los tipos penales.[31] El Derecho penal ejecutivo está constituido por un compuesto de normas que se ocupa de la *ejecución* de las penas y ordinariamente se vincula, como una de sus rama, con el derecho administrativo, desligando al juez del procedimiento que corresponde al cumplimiento de las penas. Denomínasele ordinariamente *Derecho penitenciario* y se integra por un conjunto de preceptos jurídicos referentes al tratamiento que los reos deben recibir al cumplimentar sus penas para lograr su efectiva readaptación social (resocialización).

[30] Ob. Cit. p. 25.
[31] Cfr. CASTELLANOS TENA, ob. Cit., p. 23.

7. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

El Derecho es un todo armónico y las diferencias existentes entre sus diversas ramas son sólo de grado, pero no de esencia, siendo por ello que el Derecho penal guarda intima conexión, entre otros, con el Derecho constitucional, el Derecho civil, el Derecho administrativo, el Derecho laboral y el Derecho mercantil.

Las razones que justifican las relaciones entre el Derecho penal y las mencionadas ramas del Derecho, encuentran su fundamento esencial en el carácter *sancionador* que le hemos reconocido. En efecto, no sólo hallamos en casi todas las ramas del Derecho dispositivos que, en forma directa e indirecta, se refieren a instituciones del Derecho penal, sino que éste eleva a la categoría de bienes tutelados a través de sus normas, mediante la amenaza de la sanción penal, a los pertenecientes en estricto rigor a otros Derechos. Por último, debemos invocar el hecho de que muchas figuras delictivas, las cuales reciben la designación común de *leyes penales especiales*, se encuentran incluidas en otros cuerpos de normas conservando su categoría de penales y guardando íntima relación con todos los dispositivos integradores del Derecho penal.[32]

a) Las relaciones del Derecho penal con el *constitucional* son evidentes, pues el primero encuentra su razón existencial en el segundo, por ser éste de rango superior. Entre los preceptos constitucionales que guardan estrecha relación con el Derecho penal, sustantivo y adjetivo, podemos citar los artículos 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. De entre ellos, el artículo 14 consagra, en primer término, el principio de *irretroactividad de la ley* en perjuicio de persona alguna, recogiendo en su párrafo tercero el de *legalidad* o de *exclusividad* y consignándolo como una garantía individual que expresa los dogmas

[32] Las llamadas *leyes penales especiales* son, según criterio general, aquellas normas de estricto contenido penal ubicadas extramuros de los Códigos penales y creadas con la característica específica de sancionar penalmente ciertos hechos tipificados como delitos no previstos en aquellos ordenamientos. Estas leyes determinan su especialidad, y como un simple ejemplo se puede acudir a constatar, en multitud de leyes penales no codificadas, la existencia de títulos particularmente dedicados a los delitos y a las penas que a ellos corresponden, y que se refieren a hechos violatorios de deberes impuestos en leyes de naturaleza particularmente administrativa, como la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley Forestal, la Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Instituciones de Crédito, Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, entre muchas otras que se pueden mencionar. Su finalidad punitiva, al decir de PUIG PEÑA, que es determinante de su especialidad, deben restringirse en todo lo posible, ya que generalmente "vienen a constituir una forma de ensayar una represión (...); las leyes penales especiales significan, frente a la renovación de las instituciones penales, el plantel fecundo necesario a toda institución nueva en la fase de adaptación. SALDAÑA, en efecto, dijo que el Código penal es la academia de consagración delas instituciones penales y también el panteón. *En las leyes especiales las instituciones viven y luchan. En el Código culminan y mueren*". Federico PUIG PEÑA, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, p. 127. Editorial Revista de Derecho Privado.

nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege. "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". De igual manera, el propio artículo 14 recoge, como una garantía de *seguridad jurídica*, el principio del necesario juicio para que alguien pueda ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derecho, juicio que deberá seguirse "ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho", lo cual significa que los actos de privación a que la ley suprema se refiere deben emanar de autoridades formal o materialmente jurisdiccionales, o bien estrictamente judiciales porque, como se ha dicho con frecuencia, su función consiste en decidir controversias de derecho (Poder judicial) en el orden local o federal (garantía de audiencia). ¿Y qué decir de la garantía de seguridad jurídica a que se refiere el artículo 16 constitucional, en su segundo párrafo, de acuerdo a su texto actual, en el sentido de que "No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado"? Dicho precepto de nuestra ley suprema vincula en forma directa al Derecho constitucional con el Derecho penal sustantivo o material, así como con el Derecho adjetivo penal o instrumenta (Derecho procesal penal), a virtud de la prohibición dirigida a la autoridad judicial en el sentido de que *no podrá* librar una orden *de aprehensión* si no constata previamente la existencia de una *denuncia o querella* sobre un hecho que se encuentra previsto en la ley como delito, sancionado con pena privativa de libertad y respecto del cual se haya aportado prueba que acrediten el *cuerpo del delito* y la *probable responsabilidad del indiciado* (D.O. de 8 de marzo de 1999). Los ejemplos pueden multiplicarse aunque los anteriores son suficientemente claros para establecer la veracidad de la afirmación inicial: los principios contenidos en los preceptos constitucionales, de orden penal, procesal e inclusive ejecutivo penal, son básicos por ser razón existencial de las normas secundarias que, además, subordinan su funcionamiento a aquéllas.[33]

[33] En nuestro Derecho Constitucional se había tenido el cuidado de no reformar los artículos 14 y 16 constitucionales, como ha ocurrido con otras materias de su texto. No obstante, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 3 de septiembre de 1993 se modificaron ambos para quedar como sigue: "Art. 16 (...) *No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del individuo",* modificación impotantísima a virtud de que conforme al texto anterior bastaba, para librar una orden aprehensión o detención, por la autoridad judicial, que precediera denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley castigara con "pena corporal", apoyadas aquéllas "por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado". Como se aprecia, la referida reforma exigió para el libramiento de una orden de aprehensión que se acreditaran los elemen-tos integrantes del tipo penal, con lo que se amplió considerablemente la exigencia constitucio-nal para dictar un proveído de detención legal. En la consiguiente reforma al artículo 19, se sustituyó la exigencia

La Constitución, a través de sus principios, afirma SAINZ CANTERO, establece el inflexible marco dentro del cual deben encuadrarse la facultad del Estado para exigir al ciudadano ciertos comportamientos y de castigar a quienes no adecuen sus conductas a dichas exigencias, de manera que cualquier norma penal "que rebase el marco que los límites constitucionales imponen será anticonstitucional, lo mismo que la condena que con arreglo a ella se fije", destacando que pueden citarse, en la constitución española, como principios conformadores del marco constitucional, que el Derecho penal ha de tener en cuenta, el de *legalidad*, el de *irretroactividad* de leyes sancionadoras no favorable al reo o restrictivas de derechos individuales, el de *igualdad* ante la ley, el de *no utilización de la pena de muerte*, y el de *orientación de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social*, agregando que la propia Constitución "proclama una serie de valores como fundamentales que la ley penal debe tomar en cuenta y acoger en el área de su función tutelar, frente a determinadas agresiones", invocando al respecto el derecho a la vida y a la integridad física o moral (art. 15), libertad ideológica, religiosa o de culto (art. 16), derecho a la libertad personal (art. 17), derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a la inviolabilidad de domicilio, libertad de expresión, derecho de reunión y asociación[34] valores que encuentran plena tutela en múltiples constituciones, entre las cuales se encuentra la nuestra.

b) El Derecho penal, al tutelar algunos bienes conectados directamente don el *Derecho civil*, estrecha sus relaciones con éste. El Código Penal sanciona el adulterio, las alteraciones del estado civil, el abandono de personas, la bigamia, el despojo de inmuebles y otros delitos

legal de la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado, para justificar el dictado de una formal prisión, con el acreditamiento de los elemen-tos del tipo penal del delito imputado al detenido y que hicieran probable su responsabilidad. Se creyó con la reforma haber dado un paso importante en garantía de las personas, pues éstas deben contar con normas claras y precisas para lograr la tranquilidad pública y seguridad jurídica, lo que originó diversos puntos de vista controversiales entre nuestros procesalistas y particular-mente la oposición posterior de los órganos ministeriales. Así, se llegó a una nueva reforma de ambos preceptos por decreto publicado en el Diario Oficial de 8 de marzo de 1999, de los cuales y por su importancia hemos transcrito en el texto relativo al artículo 16 constitucio-nal, que se ocupa de los requisitos que deben satisfacerse para que la autoridad judicial libre orden de aprehensión, adoptándose ahora el criterio de la comprobación del cuerpo de delito (corpus delicte).

[34] Derecho Penal. Parte General, pp. 43, Bosch, Barcelona. 1990.

más, que tutelan y garantizan bienes cuyo origen se encuentra en el Derecho civil. De ahí se afirma que entre ambas ramas del Derecho surgen estrechos y necesarios lazos.

c) Por idéntica razón el Derecho penal se relaciona con el *Derecho administrativo*, garantizando a través de la sanción penal la permanencia de bienes superiores del Estado y la administración. Al mismo tiempo el Derecho penal se vale, a veces, de instituciones del Derecho administrativo para hacer comprensible al alcance de sus textos. No obstante, algunos autores encuentran en la facultad *sancionadora* de la administración pública, el argumento más poderoso para establecer definitiva separación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, o para ser más preciso entre el Derecho penal y el Derecho penal administrativo, cuestión de la que se han ocupado distinguidos juristas como GOLDSCHMIDT, WOLF, BOCKELMANN y otros, criterio diferenciador que a nuestro entender no establece autonomía entre ambos derechos, por ser en cierta manera clara la distinción entre pena y sanción administrativa.

La más evidente relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se encuentra en aquellos casos en que la administración pública, a través de decretos leyes, vincula consecuencias de índole punitiva a determinadas conductas reputadas ilícitas. La naturaleza del bien jurídico materia de tutela individualiza tales normas; en esos casos, parece que la conducta materia de sanción va más allá de la lesión de bienes particulares, enderezándose la acción a menoscabar, poniéndolo en peligro, el orden público que la administración está interesada en salvaguardar. Este mal llamado Derecho penal administrativo, que comprende normas sancionatorias que abarcan, entre otros, el Derecho Fiscal, el Derecho Agrario, el Derecho de Propiedad Industrial, etc., "es un Derecho que carece del soporte ético social que caracteriza al Derecho Penal; las sanciones que contemplan no siempre tienen un origen directo en la ley y, a ese respecto no es aplicable la máxima *ne bis in ídem*, esto es, la sanción administrativa no excluye la pena criminal, o viceversa... El Derecho Penal Administrativo no tiene los caracteres, antes destacados, del Derecho Penal y, por ello, las sanciones que contempla no requieren de un ataque injusto y culpable al orden público administrativo, ni importan la idea de retribución o la finalidad ético social; tampoco sus preceptos se inspiran en la protección de bienes jurídicos valiosos, en cuanto patrimonio común y colectivo de normas básicas de cultura, sino que tienden al buen gobierno de los súbditos o administrados y a mantener su pacífica convivencia..."[35]

[35] Luis COUSIÑO MAC IVER: *Derecho Penal Chileno, Parte General*, tomo I, pp. 24-25. Editorial Jurídica de Chile, 1975.

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLISEI, Francisco: Manuale di Diritto Penale, Milano, 1955; BRUNO, Aníbal: Direito Penal, Volume I, Tomo 1°, Companhia Editora Forense, Rio; CASTELLANOS, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Décima Edición, 1976; CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho Penal. Parte General. 12ª edición; ETCHEBERRY, Alfredo: Derecho Penal, 2ª Edición, Santiago, 1976; JIMÉNEZA DE ASÚA, Luis: La Ley y el Delito, Editorial Hermes, 2ª Edición, 1954; MEZGER Edmundo: Tratado de Derecho Penal, I, Madrid, 1955. Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ; NOVOA, Eduardo: Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1960; PETROCELLI, Biagio: Principi di Diritto Penale, Napoli, 1950; PORTE PETIT, Celestino: Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, México, edición 1960; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, I, Buenos Aires, 1955.

CAPÍTULO II

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO

1. Definición.—2. El objeto y el método.—3. La sistemática de la ciencia del Derecho penal.—4. Cuadro de las disciplinas penales.—5. La Política criminal.—6. La Sociología criminal.—7. La Antropología criminal.— 8. La Biología criminal.–9. La Psicología criminal.–10. La Medicina legal.— 11. La Criminalística.—12. La Psicología judicial.–13. La Estadística criminal.

1. DEFINICIÓN

La ciencia del Derecho penal es el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad. Por lo tanto, su objeto lo constituye el Derecho penal y de ahí que se le designe también con el nombre de Dogmática jurídico-penal.

Felipe GRISPIGNI afirma que la dogmática jurídico-penal o ciencia del Derecho penal en sentido estricto, "es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno del ordenamiento jurídico positivo, constituyen el Derecho penal". [1] El propio autor se encarga de precisar la diferencia entre las disciplinas jurídicas y las normativas; las primeras tienen por objeto aquella especie de normas integrantes del ordenamiento jurídico, aclarando que precisamente es el Derecho positivo la materia de estudio de la dogmática, sea presente o haya tenido vigencia en el pasado, mientras las segundas hacen del contenido de las normas en general (morales, jurídicas, etc.) su objeto de estudio, contraponiéndose a las otras disciplinas denominadas ciencias causales explicativas. Si la dogmática, dice el propio GRISPIGNI, no tiene otro objeto que el de conocer el contenido de los preceptos jurídicos, la norma debe ser captada tal como es, como un dogma y precisamente por esto se ha llamado, a la disciplina que se ocupa del estudio de las normas penales, dogmática jurídico penal.[2] Para Sebastián SOLER

[1] Diritto Penale Italiano, I, p, 5, 1ª edición, Milano, 1947.
[2] Ob. Cit., I, pp.7-8.

la forma de considerar el análisis del Derecho penal "como estudio de normas jurídicas es lo que caracteriza a todo estudio jurídico de una materia, y se llama dogmática, porque presupone la existencia de una ley, proponiéndose su sistematización, interpretación y aplicación correctas".[3]

Tal forma de considerar el Derecho penal no agota, en opinión del jurista argentino, el estudio de todo el plan de las disciplinas criminológicas, pero importa separar del estudio dogmático otros puntos de vista, como lo son el influjo del jusnaturalista que tiende a colocar por encima del derecho positivo un derecho racional superior y vigente, que puede llevar a la negación del derecho positivo por consideraciones no apoyadas en la ley, y la posición derivada de la idea positivista "que ha confundido el punto de vista de una disciplina estrictamente normativa, propia de toda disciplina jurídica, con los aspectos causales explicativos de los fenómenos captados por el derecho", lo cual ha llevado a una preocupación pseudojurídica por captar la realidad que da pie a que se interprete y aplique la ley conforme a elementos científicos de diverso orden (sociológicos, psicológicos, biológicos) y no conforme a sus valores. "Lo que primero caracteriza y diferencia al estudio dogmático –señala SOLER– es el objeto sobre el que versa, ello es, la ley, sistema de normas, que no puede identificarse con las palabras de un precepto gramaticalmente autónomo. Este sistema de normas es estudiado, no en su momento estático, como fenómeno sino en su momento dinámico, como voluntad actuante. La ley, así considerada, no es un modo del ser, sino un modo de la voluntad, no importa un juicio de existencia, sino un juicio de valor. A diferencia de las ciencias causales explicativas, la dogmática no tiene por objeto el ser sino el deber ser".

Atendiendo al carácter formal de las normas jurídicas y a su enunciación abstracta, es incuestionable que la dogmática jurídica es una ciencia formal y abstracta, y el conocimiento que a través de ella se obtiene, como lo observa GRISPIGNI, es meramente empírico y no filosófico, "porque se refiere y tiene valor solamente en las comparaciones o cotejos del ordenamiento jurídico en el cual se ha obtenido". Este último criterio lo comparte MANZINI, quien estima inútil, para el estudio de la ciencia jurídico penal, las investigaciones filosóficas, pues no está permitido a una disciplina jurídica social y positiva buscar sus fundamentos supremos en la metafísica o en verdades absolutas humanamente inconciliables, expresando que "no sobre individuales profesiones de fe, sino sobre datos ciertos y precisos, capaces de ofrecer un seguro y objetivo fundamento a la investigación, debe construirse la ciencia del Derecho".[4]

---

[3] Derecho Penal Argentino, I, pp. 23, 24, 25. Buenos Aires, 1951.
[4] Tratado de Derecho ´Penal, I, p. 10, Ediar, Buenos Aires, 1948.

2. EL OBJETO Y EL MÉTODO

La ciencia del Derecho penal, como toda ciencia, dieron *objeto* y un *método*. El *objeto* se identifica con las normas penales, es decir, con el ordenamiento jurídico penal, por ser éste la materia de su estudio.[5]

Por *método* se entiende, en general, los medios con los que se busca la verdad y tratándose del Derecho, ciencia cultural, del deber ser, *su método es eminentemente jurídico*. GRISPIGNI lo define como "*la serie ordenada de los medios por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas*",[6] explicando que adopta tres formas: *inventivo, ordenativo* o constructivo y *explicativo*. Es *inventivo* cuando merced a él se descubren nuevos hechos, nuevas relaciones entre las cosas; es *ordenador* o constructivo, cuando los hechos descubiertos son ordenados en un sistema científico y, por último, es *expositivo*, cuando por su mediación se expone la ciencia coordinada.[7] "El método jurídico –dice GRISPIGNI-, se sirve indistintamente de todos los procedimientos lógicos, tanto del análisis como de la síntesis, y de la inducción como de la deducción. Cuanto más progresa la dogmática tanto más adquieren carácter deductivo las dogmáticas en particular".[8] Similar punto de vista sostiene RANIERI al expresar que el método jurídico "tiene carácter analítico e inductivo, cuando se dirige a investigar propiamente cuál es el contenido de cada una de las normas, realizar la conexión en base los elementos comunes que poseen, y es sintético y deductivo cuando se dirige a deducir de la construcción de los institutos jurídicos las ulteriores determinaciones que los caracterizan".[9]

---

[5] No debe confundirse *el objeto* de la *ciencia* del Derecho penal con el *objeto del delito*, por tratarse de cuestiones diversas. El objeto del delito ha sido identificado, en la doctrina, con la meta a la cual está dirigida la conducta punible, es decir, con aquello que constituye la realidad de la ofensa, pues como lo expresa BATTAGLINI, "para precisar cuál es el objeto del delito, precísase ver *contra qué cosa* se dirige el mismo (...), con qué el delito se pone en contradicción", objeto que como veremos adelante se ha considerado desde un punto de vista *material* o bien *jurídico*, v. Guilio BATTAGLINI, Diritto Penale, P. 138, Terza edizione, Padora, 1949.

[6] Ob. Cit. I, P. 16.

[7] Ibídem, P. 17. Al decir de Rodríguez DEVESA, la palabra *método* proviene del griego *methodos,* cuya significación etimológica es *perseguir un fin*; desde el punto de vista filosófico es proceder conforme a un plan, conforme a un determinado orden, para conseguir una meta. Por lo tanto -agrega el autor-, todo proceder metódico comporta como primordial exigencia saber de antemano cuál es el objeto (fin) a que se ha de encaminar. Ese objeto está fuera de la consideración metódica, más allá de la teoría del método. La diversidad de propósitos imprimen, por consiguiente, diversidad al método. De ahí que cada ciencia (cada objeto) tendrá sus propias exigencias metódicas. El método aparece a sí condicionado por su objeto, y que esté, a su vez, por la influencia del método, y no sustancialmente, pero si formalmente en el sentido de que un orden metódico repercute en la seriación de los conocimientos adquiridos: *principio de la intercorrelación entre objeto y método. Derecho Penal Español,* Parte General, P.. 47. Séptima edición, Madrid, 1979.

[8] Loc. Cit.

[9] *Diritto Penale. Parte generale*, P. 11, C.E.A. Milano, 1945. El método expresa COUSIÑO MAC IVER, es el sistema seguido para llegar al conocimiento del objeto de "aprehensión", de acuerdo a la naturaleza de éste y conforme a un plan fijado de antemano, y como el Derecho Penal es una ciencia normativa, su método propio es el mismo de todas las disciplinas jurídicas,

JIMÉNEZ DE ASÚA, manifiesta que el carácter finalista del Derecho penal requiere un *método teleológico.* Este método, explica, "averigua la función para la cual fue creada la ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático, etc., logrando con ello una correcta interpretación de la ley, desentrañando su voluntad".[10]

No cabe duda que siendo el método un *sistema* de investigación o de trabajo, que permite el conocimiento del *objeto* de la ciencia investigada, a través de un camino trazado de antemano y acorde con la naturaleza del propio objeto de aprehensión, la ciencia del Derecho penal o dogmática penal, como ciencia *normativa* y del *deber ser*, requiere de un *método jurídico*, no otro que el *lógico abstracto*, el cual admite el empleo de toda operación lógica, pues en ocasiones se acudirá a la inducción y otras a la deducción, ello sin perder de vista el conjunto de normas jurídicas cuyo conocimiento se pretende, por lo que igualmente resulta de utilidad el método *teleológico*, sin que entre éste y aquél exista diferencia fundamental, dado que ambos conceptos son asimilables, o cuando menos de una vinculación indiscutible.

3. LA SISTEMÁTICA DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Expresamos anteriormente que el Derecho penal se divide en Parte General y Parte Especial. Recogiendo un concepto de PORTE PETIT, habremos de afirmar que la sistemática debe referirse por tanto, no únicamente al Derecho penal sino también a la Ciencia penal.[11] Tal sistematización no es sino la consecuencia de un ordenado estudio sobre la materia, pues sólo así puede llegarse a la mejor comprensión de su contenido. Como lo hace notar Juan DEL ROSAL, la misión de la sistemática es ofrecernos un conjunto ordenado de conocimientos jurídicos, *necesario tanto por lo que hace al descubrimiento del enlace y rigor lógico de los conceptos, condición de toda disciplina científica, como en cuanto a la utilidad que nos reporta su fácil manejo, una vez que están encuadrados en un sistema*.[12]

---

esto es, el lógico abstracto, "dentro de cuyo concepto se comprenden tanto el método axiomático o formalista como el inductivo. En esa forma –sigue diciendo–, el investigador ius-penalista parte de la norma o de un conjunto de normas para inducir, o deducir, mediante el razonamiento abstracto, las consecuencias destinadas a la construcción jurídica, meta a que aspira el dogmático", Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 33, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

[10] La Ley y el Delito, p. 31, Editorial Hermes, 2ª edición, 1954.

[11] Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, I, p. 3, México, 1960.

[12] Principios de Derecho Penal Español, I, p. 123, Valladolid, 1945.

A nuestro entender, dentro de la sistemática de la Ciencia penal[13] deben colocarse: la *Introducción*, la *Parte General* y la *Parte Especial*.

[13] Hemos de distinguir entre Ciencia penal y Ciencia del Derecho Penal, pues ésta tiene un contenido menor que aquélla, dado que el objeto de su estudio lo constituye el Derecho penal.

La primera comprende sustancialmente el *Concepto del Derecho penal*; la *Historia* y la *Filosofía del Derecho penal*; el *Derecho penal comparado* y las *Fuentes del Derecho penal*; la Parte General incluye: la *Teoría de la Ley penal*; la *Teoría del delito*; la *Teoría del delincuente* y la *Teoría de las penas y medidas de seguridad.*

La *Teoría de la ley penal* se integra con el *Concepto de la ley penal*; la *Interpretación de la ley penal*; los ámbitos *espacial*, *temporal* y *personal* de aplicación de la ley penal y por último, con el *Concurso aparente de normas.*

La *Teoría del delito* comprende: el *Concepto del delito*; los *Presupuestos* del mismo; el estudio de los *Elementos* que integran; *sus aspectos negativos* y las *Formas de aparición del delito*. Pertenecen a este último apartado: el *Iter criminis*, incluyendo la *Tentativa* y el *Delito consumado*; la *Participación delictuosa*, los *Concursos de delitos* y el *Delito continuado.*

La parte especial se ocupa del análisis de los *Tipos penales* o delitos en particular y de las *Penas y Medidas de seguridad* que se asocian a los mismos. (Cuadro I).

4. EL CUADRO DE LAS DISCIPLINAS PENALES

Con el nombre de "ciencias penales" se comprende *un conjunto de disciplinas científicas, tanto de naturaleza filosófica como jurídica y causal explicativa, que hace el objeto de su estudio al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad.*

Eugenio CUELLO CALÓN las define como "el conjunto sistematizado de conocimientos relativos al delito, al delincuente, a la delincuencia, a la pena ya los demás medios de defensa social contra la criminalidad"[14], mientras PORTE PETIT prefiere referirse a ellas diciendo: "Por ciencias penales debemos entender el conjunto de disciplinas que se refieren al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad, sea desde un plano filosófico, jurídico o causal explicativo".[15]

Cuando se trata de precisar cuáles son las disciplinas integrantes del cuadro de las ciencias penales, se observa una gran disparidad de criterio en los autores. Algunos precisan que la *Criminología* representa el término o la *síntesis* de otras ciencias penales, puesto que se ocupa del delito como fenómeno, es decir, como un producto de factores biológicos y sociales. A pesar de las limitaciones impuestas por autores tan

[14] Derecho Penal, I, p. 16, 9ª edición, 1953.
[15] Ob. Cit., I, p. 10.

inminentes como VON LISZT, "se ha seguido elaborando *Criminología* con todo el material que FERRI acuerda a su Sociología Criminal, y así lo ha hecho, por ejemplo, PARMELEE, si bien éste ya advierte que

CUADRO 1

CUADRO DE LA SISTEMATICA DEL DERECHO PENAL

- INTRODUCCION
  - Concepto de Derecho Penal
  - Historia del Derecho Penal
  - Filosofía del Derecho Penal
- PARTE GENERAL
  - Teoría de la Ley Penal
    - Concepto
    - Interpretación
    - Ámbitos de validez
      - Especial
      - Temporal
      - Personal
    - Concurso aparente de normas
  - Teoría del delito
    - Concepto Presupuesto
    - Elementos
    - Aspectos negativos
  - Teoría del delincuente
    - Tentativa
    - Delito consumado
    - Participación
  - Teoría de las penas y medidas de seguridad
- PARTE ESPECIAL
  - Los tipos penales

no se trata de una ciencia fundamental, sino del producto híbrido de otras varias..."[16]

Sebastián SOLER hace notar que al hablarse del delito se otorga al término diversas valoraciones, refiriéndose a la figura delictuosa, al concepto del delito, al hecho, a la delincuencia, algo ilícito, a la reacción psicológica anormal, etc., y a fuerza de decir las mismas palabras, tanto médicos, juristas y sociólogos, han creído hablar de las mismas cosas, confundiendo tanto el objeto de las ciencias que se ocupan del delito como el propio método. "Ha sido, pues -dice textualmente-, que se han confundido las cosas y diversificado las ciencias, cuando lo correcto habría sido diversificar las cosas y simplificar las ciencias; mantener a un tiempo firmes y elásticos los límites que las separan, hacer posible, así, el purificado aporte mutuo de conclusiones, y librarse del enconado error de los polemistas de fin del siglo XIX que al entrever que no hablaban de las mismas cosas, creyeron que los puntos de vista eran incompatibles, en vez de creer que eran complementarios".[17]

Son múltiples las definiciones dadas sobre la criminología, pero todas ellas guardan rasgos comunes. Para Mariano RUIZ FUNES comprende, como ciencia sintética, el estudio biológico, psicológico y sociológico de la criminalidad. LAVASTINE Y STANCIÚ consideran que "es el estudio completo e integral del hombre con la preocupación constante de conocer mejor las causas y remedios de su conducta antisocial".[18] Por último, José Almaraz Harris dice que se afirma que la criminología estudia el delito y el delincuente, a fin de descubrir las causas de la delincuencia.[19]

---

[16] Sebastián SOLER, ob. Cit., I, p. 28.

[17] Ob. Cit., pp. 31-32.

[18] Compendio de Criminología, p. 12, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959. Trad. QUIRÓZ CUARÓN.

[19] Tratado Teórico Práctico de Ciencia Penal, II, pp. 35 a 38, México, 1948.

LÓPEZ REY concreta en la "criminalidad" el objeto inmediato de la Criminología, entendida aquélla como un fenómeno sociopolítico que apoya o basamenta la prevención. En general, la palabra criminología viene siendo utilizada, como lo advierte COUSIÑO MAC IVER, para designar una disciplina científica que "estudia la etiología del crimen, la prognosis y la personalidad del delincuente y la terapéutica del delito". Por ello se afirma que estudia: a) La etiología del delito, investigando tanto sus causas biológicas (endógenas) como sociales (exógenas); b) El delincuente en su personalidad integral y en la prognosis de su comportamiento para determinar la terapéutica o tratamiento penitenciario conveniente y, c) Los regímenes carcelarios. COUSIÑO MAC IVER, Derecho Penal Chileno, Parte General. I, p. 56. Editorial Jurídica de Chile. 1975. Para RODRÍGUEZ DEVESA, la criminología tiene por objeto el estudio

Se ha discutido, con más o menos vehemencia, si la criminología es realmente una ciencia,[20] pues se pone en tela de duda o se rechaza definitivamente el concederle tal categoría. Indudablemente, la mayoría de los cultivadores de ésa especialidad se empeñan, en argumentos más o menos convincentes, en demostrar una posición afirmativa.

Entre quienes le niegan su carácter de ciencia, estimamos interesante mencionar a Sebastián SOLER y a José ALMARAZ. El primero aduce que la criminología no es una entidad científica autónoma, sino una hipótesis de trabajo, por cuanto en su esfera pueden coincidir y coinciden los intereses de ciertas disciplinas derivadas de la antropología, de la psicología, de la sociología y del derecho, negándose por otra parte un método unitario que permita coordinar los diversos aportes de cada una de esas ciencias.[21] El segundo, después de pasar revista a las direcciones psicológicas y sociológicas y de afirmar que "investigar los factores psíquicos y los sociales que intervienen en la génesis de un delito no es hacer psicología y sociología criminales, sino aplicar los métodos y los datos de la psicología y de la sociología para explicar la conducta de un delincuente singular", continúa argumentando cómo "toda explicación unilateral y simplista de un fenómeno debido a tantas condiciones como es el delito, por fuerza tiene que resultara falseada. Se habla de delincuencia y de sus causas; pero en verdad, si aquélla es pura extracción, es tiempo perdido buscar éstas". Por último, concluye diciendo, una vez puesto de relieve lo poco que la bibliografía criminológico puede ofrecer y los problemas fundamentales pendientes hasta hoy de resolver, que "la investigación criminal básica muestra todos los defectos y errores del más crudo en priismo. ¿Podrá existir en lo futuro? Como conocimiento puramente descriptivo o de información basado en el método de la observación, es indudable que puede existir; pero como ciencia de las causas del delito (etiología criminal), también es indudable que no puede existir".[22]

---

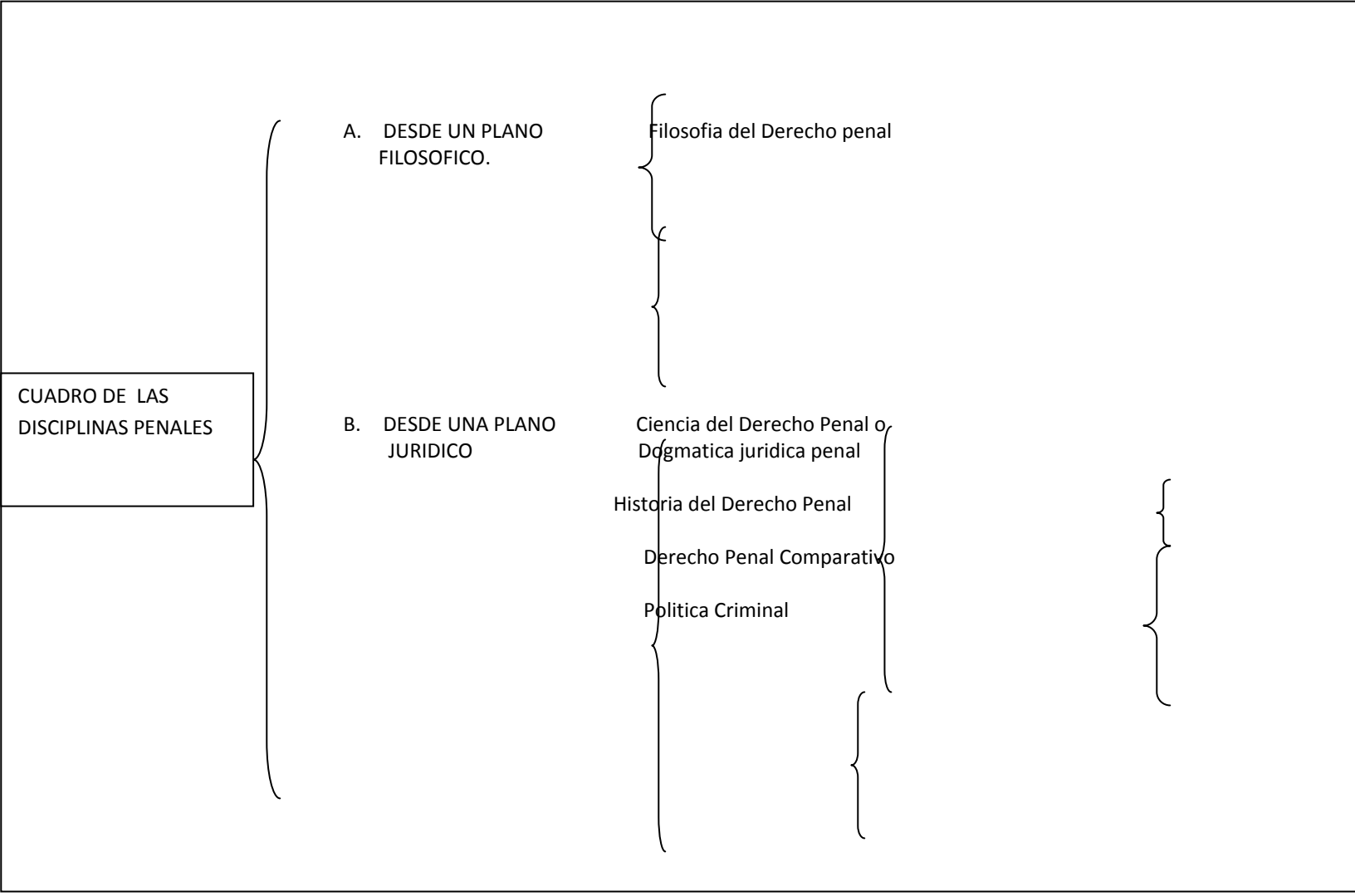
de las formas reales de comisión del delito y de la lucha contra el mismo y por ello distingue en ella dos partes: a) La Teoría de las formas reales de comisión del delito, que abarca: la fenomenología criminal que comprende la descripción de las formas de ejecución del delito y las formas de aparición de la criminalidad (tipos delincuentes, etc.); la etiología criminal que se ocupa de las causas o factores del delito; la biología criminal en la que confluyen la psicología criminal y la antropología criminal, y que trata a la vez de comprender el delito como un producto de la personalidad y de explicarla por medio de procesos vitales-causales y la sociología criminal que considera al delito en su aspecto social; b) El estudio de la forma de manifestarse la lucha contra el delito, parte ésta que se divide en: Criminalística o conjunto de teorías relativas al esclarecimiento de los casos criminales; la Penología, conjunto de conocimientos relacionados con la ejecución de las penas, que comprende la ciencia penitenciaria; y la profilaxis criminal, relacionada con la prevención de las causas del delito. Derecho Penal Español. (Parte General), pp. 72 a 80.

[20] Se afirma comúnmente que la criminología cumple su objeto utilizando la antropología y la sociología criminales negándoseles por tal motivo el carácter de ciencia autónoma.

[21] Ob. Cit., I, p. 34.

[22] Ob. Cit., II, p. 38.

En posición contraria, LAVASTINE Y STANCIÚ proclaman su rango de ciencia a autónoma, expresando: "derecho de que la certidumbre es relativa a las ciencias del hombre y de que sus leyes implican un gran número de excepciones, no debe concluirse que la criminología sea una serie de problemas sin respuesta, o un repertorio de hechos recogidos más o menos metódicamente. Todo nos autoriza a concluir que la ciencia de los crímenes y de los criminales se encuentra en la fase


CUADRO DE LAS DISCIPLINAS PENALES
A. DESDE UN PLANO FILOSOFICO.
Filosofia del Derecho penal
B. DESDE UNA PLANO JURIDICO
Ciencia del Derecho Penal o Dogmatica juridica penal
Historia del Derecho Penal
Derecho Penal Comparativo
Politica Criminal

inicial, que es forzosamente descriptiva. Lo que falta es la visión sintética que formará su pase científica".[23]

Entre nuestros criminólogos, Luis Rodríguez manzanera empieza por afirmar que la criminología es una ciencia, acogiendo seca la definición estructurada por Mariano Ruiz Funes, a la que aludimos en el texto, pero reconoce que la definición de la criminología es a un problema a discutir, dado que los autores se niegan a definirla, en tanto otros definiciones tautológicas o puramente etimológicas. Después de pasar revista a los conceptos vertidos sobre el particular por autores tan distinguidos como GARÓFALO, BERNALDO DE QUIRÓS, ABRAHAMSEN, RESTEN, DI TULIO y otros más, considera que los términos crimen, criminalidad y criminal son meramente convencionales y "sirven para diferenciar el simple antisocial y sus conductas, del delincuente, del delito y de la delincuencia, términos que tienen una fuerte implicación jurídica", y el precisar que el término criminología, en su significación etimológica deriva del latín crimen-criminis y del griego logos, tratado, y que el concepto "crimen" equivale a "conducta antisocial" y no a "delito", "delito grave" o "delito de lesa majestad", es aceptable su denominación original. Por otra parte, aduce que de la definición aceptada (ciencia sintética, causas explicativa, natural y cultural de las conductas

[23] Ob. Cit., p. 9.

antisociales), es claro que la criminología es una ciencia, por tener un objeto, el que consiste en "un conjunto de conocimientos que le aportan todas las otras ciencias. Y, el arte, la técnica, las disciplinas, las ciencias, han cooperado para formar el edificio científico la criminología, sin querer esto decir que se trata de un simple 'hibridismo' cómo algunos autores han considerado", conocimiento que reúne, acumula y repite y a través de la síntesis los convierte en conocimientos nuevos y diferentes, "bien ordenados, divididos en áreas en temas concretos, con hipótesis y soluciones propias".[24]

De acuerdo con el concepto dado anteriormente sobre las llamadas ciencias penales, a las que preferimos designar disciplinas penales, consideramos que pueden agruparse, según el objeto de su estudio, desde planos filosóficos, jurídico o causal explicativo. He aquí el cuadro que de tales disciplinas hemos elaborado: (cuadro II)

5. POLÍTICA CRIMINAL

bajo el nombre de política criminal, se conoce a la disciplina conforme a la cual el estado debe realizar la prevención y la represión del delito. En realidad, su propósito es el aprovechamiento práctico, por parte

[24] Criminología, pp. 3 y ss. Octava edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

del legislador, de los conocimientos adquiridos por la ciencias penales, para poder satisfacer los fines propios del ordenamiento jurídico.[25]

En verdad, la política criminal lo constituye propiamente una ciencia, sino una tendencia de doctrina, caracterizada, como lo hace observar Soler, en el empeño de propugnar por la modificación de las legislaciones vigentes, utilizando resultados obtenidos por el estudio sociológico del delito y antropológico del delincuente. Tales disciplinas suministran material al derecho penal, para obtener nuevas metas. Se explica así su significación, en épocas anteriores, dentro de la corriente positivista.[26]

En opinión de SOLER, carece ya resentido la expresión política criminal, y sigue de sus tíos es como criterio orientador de la legislación penal y no como una tendencia de escuela. Argumenta el autor argentino que la legislación positiva debe fundarse, sólidamente, en el preciso conocimiento de los fenómenos de cuya regulación se ocupa, reduciéndose muchas veces de tal conocimiento, que la represión por sí sola no es el remedio que más conviene socialmente, de donde se debe concluir que una buena política criminal no necesariamente se limita al ámbito de la legislación positiva, sino que también se vincula con instituciones de distinta naturaleza, pero cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia.[27]

La política criminal tiene, como su más digno representante, a Franz VON LISZT, uno de los fundadores de la unión internacional derecho penal, para que en aquella disciplina se ocupa de las formas sometidos a poner en práctica por el estado para una eficaz lucha contra el delito,[28] a cuyo efecto se auxilie de los aportes de la criminología y de la tecnología, disciplinas ésta que es tu día las penas, tanto desde el punto de vista de su naturaleza como de su fundamentación y fines.

A RODRÍGUEZ MANZANERA no le ha parecido fácil encontrar reubicación, a la "política criminológico", dentro de cuatro de las ciencias penales, por servicio aquélla de éstas para lograr "el fin supremo al que todas deben ir dirigidas: la prevención", dado que la política criminal es, tradicionalmente, el conjunto de conocimientos que la investigación del crimen, el criminal y de la criminalidad proporcionan, así

---

[25] Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 29, Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976.

[26] Cfr. SOLER, ob. Cit., I, p. 36. Abunda en dicha percepción Carlos CREUS, para quien en la actualidad "se reservan para lo que podemos catalogar como 'parte de legislar en materia penal', ya que el legislador se apoya en los datos que le aporta la criminología y la crítica sobre la legislación, en vigor en tanto se le señalan a la ley, proponiendo nuevos programas y criterios legislativos, terminando por considerar que la política criminal 'es el conocimiento que apoya la reforma de la legislación vigente (...)'." Derecho Penal. Parte General, p. 27, Astrea, Buenos Aires, 1992.

[27] Loc. Cit.

[28] Tratado de Derecho Penal, I, pp. 5 y ss., Madrid, 1926. Trad. JIMÉNEZ DE ASÚA.

como la reacción social hacia ellos, aplicados para evitar dichos fenómenos "en forma preventiva" o bien, de no ser esto posible, “para reprimirlos”.[29]

6. LA SOCIOLOGÍA CRIMINAL

Esta ciencia surgió como oposición a la teoría antropológica del delito y se apoyen el criterio que ve en el medio social el factor preponderante en la producción del crimen. Uno de sus más preclaros cultivadores fue Enrique FERRI, muy a quien algunos estiman su iniciador, autor de la sociología criminal, libros del cual pretende dar a esta disciplina un amplio contenido, señalando la cómo las ciencias de la criminalidad, comprensiva, entre otras disciplinas, del derecho penal.

A la sociología criminal, apunta Federico PUIG PEÑA, no debe dársele más extensión que la que en verdad tiene, pues si el derecho penal estas ciencia que se ocupa de los delitos y las penas, definiendo las normas atinentes a unos y otras, la sociología criminal, por lo contrario, investiga y trata de determinar las causas sociales de la criminalidad; pero aún en esto no debe extralimitarse su alcance, pues algunos pretenden que los factores antropológico son también causó social del delito, llegándose a exagerar en tal grado que alguien ha querido ver, en la vida intrauterina sufrida por efecto, las consecuencias de una organización social injusta. "Las cosas –declara-, deben reducirse a su verdadero y propio sentido, no convirtiendo todo en causó social del delito. Ello no quiere decir, sin embargo, que los factores sociológicos de la producción delictiva no sean numerosos y de la más variada especie. En primer lugar, deben tenerse en cuenta las condiciones naturales del mundo circundante, sobre todo el clima, las estaciones, los mismos días de la semana, el lugar de la comisión del hecho. También la raza constituye una condición biológico-criminal del delito, y de superlativo relieve, asimismo, todo lo concerniente al sexo y a la edad, junto estos factores naturales de influjo sociológico tenemos los factores sociológicos propiamente dichos, y entre ellos la profesión, la política, la religión, la cultura, etcétera. En el punto central de estos últimos factores aparecen las relaciones económicas, especialmente la situación angustiosa".[30]

Felipe GRISPIGNI le otorga carácter de ciencia causal explicativa y le denomina sociología jurídico penal, señalando le cómo objeto el estudio del derecho penal como fenómeno social, poniendo en claro su naturaleza diversa a la dogmática.[31]

---

[29] Ob. Cit., p. 110.
[30] Derecho Penal, I, pp. 26-27, Madrid, 1955.
[31] Ob. Cit., I, p. 28.

A la sociología criminal se le ha definido como la disciplina que se ocupa del delito como fenómeno social y estudia las causas sociales de la criminalidad, según opinión del CUELLO CALÓN;[32] o bien que "investiga los hechos los importantes, desde el punto de vista sociológico, de la criminalidad, en inmediato enlace con la valoración jurídica", cómo expresa SAUER.[33]

En México, PORTE PETIT le otorga categoría científica y afirma que estudia los factores de índole social productores de la criminalidad.[34] Las definiciones anteriores ponen de relieve que la sociología criminal tiene cómo objeto el fenómeno de la criminalidad enfocado desde un punto exclusivamente social; pretende precisar cuáles son los factores, de esa naturaleza, que originan el delito.

7. LA ANTROPOLOGÍA CRIMINAL

Esta disciplina, a la que se niega autonomía por considerársela una rama de la antropología, se encarga de estudia, al decidir de Juan José GONZÁLEZ BUSTAMANTE, al delincuente, investigando sus caracteres anatómicos, psíquicos y patológicos.[35] Según LAVASTINE y STANCIÚ "estudia los caracteres somáticos y psico-fisiológicos del delincuente".[36]

Felipe GRISPIGNI considera que la antropología criminal estudia los caracteres físico-psíquicos del hombre delincuente, sin perder de visa la influencia del ambiente. En esa virtud, en ella se distinguen tres partes: el estudio de los caracteres orgánicos (Morfología); de los factores químico-humorales (Endocrinología) y de los psíquicos (Psicología Criminal), a los que viene a sumarse la influencia externa (ambiente. El delito es, por tanto, de acuerdo con esta disciplina, el resultado de

---

[32] Ob. Cit., I, p. 33.
[33] Derecho Penal. Parte General, p. 21. Bosch, Barcelona, 1956.
[34] Ob. Cit. , I, p. 11. Héctor SOLIS QUIROGA se permite observar que en la literatura americana especializada, se habla de sociología general y, dentro de ésta los autores se ocupan de la criminología, lo que establece confusión para quienes, influenciados por ese pensamiento, llegan incluso a establecer equivalencia entre ambas disciplinas, creando un obstáculo difícil de superar cuando se trata de definir o delimitar el contenido de cada una de tales disciplinas, estableciendo la duda sobre la existencia de la sociología criminal de la cual dice que "estudia los hechos sociales, las interacciones humanas, el real acontecer colectivo, y busca su comprensión y su entendimiento mediante el descubrimiento de su sentido y sus conexiones de sentido. Se califica de criminal porque concreta su estudio a los hechos delictuosos, sólo que considerados en su masa o en su totalidad", estimando que forma parte de la sociología general y no de la criminología, ya que "es una aplicación de la sociología general a los fenómenos específicos de la delincuencia". En fin, el autor citado le otorga carácter de ciencia y concluye por definirla como "la rama de la sociología general que estudia el acontecer criminal como fenómeno colectivo, de conjunto, tanto en sus causas como en sus formas, desarrollo, efectos y relaciones con otros hechos sociales". Sociología Criminal, pp. 3-5, Segunda Edición, Ed. Porrúa, México, 1977.
[35] Apuntes de Derecho Penal, México, 1960.
[36] Ob. Cit., p. 21.

un triple orden de factores: personalidad bio-psíquica, ambiente físico y ambiente social.[37]

La aparición de la obra el hombre delincuente de César LOMBROSO , dio origen a esta ciencia que ha tenido continuadores tan inminentes como GARÓFALO, FERRI, SALDAÑA Y DI TULLIO. LOMBROSO después de haber estudiado desde el punto de vista de la medicina a grupos de hombres, tanto delincuentes como no delincuentes, llegó a establecer el criterio de la existencia de un tipo nato de criminal, no obstante que éste tuviera rasos comunes son sujetos no delincuentes. Las características observadas por LOMBROSO son, fundamentalmente, el acentuado desarrollo de las mandíbulas y cigramas, el cabello espeso y rizado, la precocidad sexual, el prognatismo acentuado, etc., las cuales se presentan a menudo en hombres salvajes. El sabio italiano, para dar forma a su teoría, acudió primero al concepto de atavismo después al de degeneración. CUELLO CALÓN señala cómo ese proceso conocido con el nombre de "degeneración" (detención del desarrollo orgánico y psíquico), se pretendió explicar ulteriormente por la epilepsia, que sería la causa de tales trastornos atávicos, y como por otra parte, el delincuente nato tiene grandes afinidades con los locos morales, según LOMBROSO, la criminalidad congénita se confundiría con la locura moral. Por tanto, agrega CUELLO CALÓN, "la doctrina lombrosiana sobre el origen de la criminalidad puede resumirse así: el criminal nato es un ser atávico, con fondo epiléptico e idéntico al loco moral. Estos delincuentes natos o congénitos, son los que representarían al tan discutido 'tipo criminal', tipo que recuerda al hombre primitivo, y que, según la doctrina lombrosiana, constituiría el indicio de una tendencia o predisposición al delito".[38]

8. BIOLOGÍA CRIMINAL

Esta rama de la Biología, cuyo desarrollo se atribuye a los trabajos de LENZ y su escuela se ocupa de la vida de los criminales (bios, vida; logos, tratado), estudiando preferentemente el fenómeno de la herencia con la transmisión de enfermedades, tendencia y predisposiciones.[39]

El factor biológico de la herencia, observado desde tiempos antiguos, sólo ha sido objeto de experimentación en época muy reciente. El mérito de haber encauzado científicamente los trabajos de esa índole corresponde a Gregorio MENDEL, quien en su libro "Ensayos sobre Plantas híbridas", publicado en el año de 1865, expone el resultado de sus observaciones. La herencia constituye un fenómeno natural ca-

[37] Ob. Cit., p. 31.
[38] Ob. Cit., I, p. 19.
[39] LAVASTINE Y STANCIÚ, Ob. Cit., p. 22.

racterizado por la continuidad de los seres vivos a través del tiempo en sus descendientes.[40]

La comprobación de la herencia es absoluta en la partenogénesis y en la esporulación, no sucediendo lo mismo en la reproducción sexual en la cual intervienen factores o caracteres de ambos sexos, pues en los sujetos productos aparecen tanto los del padre como los de la madres. No obstante, con ciertas fluctuaciones no del todo precisadas regularmente, son transmisibles por herencia, además de los caracteres raciales (del grupo toxonómico), los anatómicos, fisiológicos, patológicos y otros.[41]

La Biología criminal ha sido en ocasiones confundida con la Antropología criminal, a pesar del contenido restringido de aquélla. Como la Criminología se ocupa tanto de los fenómenos endógenos como exógenos productores del delito, esto es, los factores individuales que provocan en el sujeto la inclinación al hecho delictivo, así como de los que constituyen el medio ambiente influyente, la Biología criminal se ha estimado parte integrante de la misma, derivándose de ahí tal confusión. Aunque algunos autores tratan de identificar a la Biología criminal con la Biotipología, por ocuparse ésta del estudio de las características hereditarias del sujeto que pueden constituir inclinación al delito, así como de caracteres de otra naturaleza, hay especialistas que aún separan ambas disciplinas. LAVASTINE Y STANCIÚ remiten a la Biología criminal al estudio del problema de la herencia "con la transmisión de enfermedades, las tendencias y predisposiciones que constituyen la diátesis de tal o cual infracción", en tanto estiman a la Biotipología como el estudio completo del tipo humano a fin de llegar a una expresión unitaria del delincuente, e invocando a PENDE, esquematizador de tal disciplina, hacen referencia a las funciones humorales, a la morfología y a la psicología del individuo como aspectos ligados al "biotipo", sistema único vital.[42]

JIMÉNEZ DE ASÚA destaca con acierto que, si bien modernamente impera la denominación de biología criminal para abarcar todo el complejo problema del delincuente, visto en sus actividades y estudiado en las múltiples causas de su personalidad antisocial, dicho término había sido puesto de moda de tiempo atrás por Adolfo LENZ y usado por primera vez por Franz VON LISZT, siendo justo confesar, dice el autor glosado, que "no se debe a la moderna 'biología criminal' esta certera integración de problemas, que demuestra la imposibilidad –en la que tanto insistió VON LISZT (T. T. II, p. 12)– de separar en ciencias distintas el estudio causal explicativo del delito. La antropología criminal lombrosiana lo había visto ya, y en la edición definitiva del

[40] José ALMARAZ HARRIS, Ob. Cit., II, p. 43.
[41] José ALMARAZ HARRIS, ibídem, pp. 34-44.
[42] Ob, cit., pp. 22-23.

hombre delincuente el propio LOMBROSO compuso una obra de criminología, ya que el Tomo III, cuyo contenido se publicó como trabajo autónomo constituye un cuerpo de doctrina, 'órgano y concepto', de sociología criminal, como ha reconocido Felipe GRISPIGNI. No hay, pues –concluye JIMÉNEZ DE ASÚA–, una ciencia aislada de antropología o biología criminal, ya que quienes escriben un designio o conjunto sobre ellas, hacen criminología". Todo se reduce, pues, a una cuestión de nombres, si bien Mariano RUIZ FUNES, estima que puede considerarse a la antropología criminal con cierta autonomía en el cuadro de las ciencias criminales.[43]

9. LA PSICOLOGÍA CRIMINAL

Esta disciplina, estimada como una rama de Psicología aplicada, o bien de la Psicología diferencial, constituye el instrumento más eficaz de la Antropología criminal y se ocupa, como su nombre lo indica, de estudiar la psíque del hombre delincuente, determinando los desarrollos o procesos de índole psicológica verificados en su mente. LAVASTINE Y STANCIÚ destacan que la Psicología moderna ya no se ocupa, como antiguamente, de examinar cualidades aisladas, sino conjuntos de rasgos (llamados perfiles psicológicos), pues tal noción da a las partes su orientación y sentido.[44] No debe, sin embargo, confundirse esta disciplina con la Psiquiatría o Medicina mental, la cual estudia la mente desde un punto de vista patológico.

---

[43] Tratado de Derecho Penal, I, pp. 139-140, 4ª edición, Losada, Buenos Aires.

[44] Ibídem, p. 23. Para Hilda MARCHIORI el delincuente es un individuo enfermo. Expresa que el hombre no roba o mata porque nació ladrón o criminal, sino que al "igual que el enfermo mental realiza sus conductas como una proyección de su enfermedad (...) los impulsos antisociales presentes en la fantasía del individuo normal son realizados activamente por el delincuente". A su criterio, la conducta delictiva del sujeto es n síntoma de enfermedad y por ello es estudio de aquélla de be hacerse en función de la personalidad y del inseparable contexto social en que se produce "ya que el individuo normal son realizados activamente por el delincuente" A su criterio, la conducta delictiva del sujeto es un síntoma de enfermedad y por ello el estudio de aquélla debe hacerse en función de personalidad y del inseparable contexto social en que se produce "ya que el individuo se adapta al mundo a través de sus conductas y... la significación y la intencionalidad de las mismas constituyen un todo organizado que se dirige a un fin", siendo la conducta delictiva expresión de la alteración psicológica del autor. "Sabemos –dice– que a nivel psicológico toda conducta se halla sobredeterminada, es decir, que tiene una policausalidad muy compleja, que deriva de distintos contextos o múltiples relaciones. Sin embargo –continúa–, podemos afirmar que la conducta delictiva está motivada especialmente por las innumerables frustraciones a sus necesidades internas o externas que debió soportal el individuo, tales como la carencia real de afecto". Con el estudio de la personalidad del delincuente, dice la autora citada, se quiere llegar al psicodiagnóstico del sujeto, así como prever un pronóstico y considerar el tratamiento más idóneo para su readaptación, mediante una labor terapéutica integral. "En esta tarea la psicología permite conocer los aspectos de la personalidad de cada uno de los delincuentes que son esenciales para diferenciar un caso de otro y para reconstruir la génesis y la dinámica del fenómeno criminal particular". Psicología Criminal, pp. 2 a 5, cuarta edición, Porrúa. México, 1980.

A José ALMARÁZ HARRIS le parece lógica la pretendida aplicación al campo penal de la psicología inductiva, pero ve en la psicología criminal

una colección de casos interesantes y causas célebres "sin nada de importancia psicológica", considerando que la obsesión antropológica o patológica "hacía innecesaria otra explicación del delito", y al citar a P. DESPINE, a quien considera el primero que inicia las investigaciones de índole psicológico, destaca que éste concluye que el delincuente no es un enfermo sino un anormal desde el punto de vista ético y que por ello en él las penas no tienen influencia, requiriéndose educarlo o encerrarlo para la seguridad. A continuación hace notar que ninguna de las obras de ASCHAFFENBURG, de POLLITZ y de otros destacados investigadores "han aportado la menor prueba que justifique una Psicología especial del delincuente", siendo del todo injustificado que se hable de Psicología Criminal; que si bien otros estudios, realizados tomando como base los delitos cometidos, han llegado a formar hasta treinta grupos de delincuentes, las grandes diferencias entre ellos "no suministran el menor dato de lo que pueda caracterizar al delincuente: los criminales presentan todas las variedades que se encuentran en los no delincuentes. No hay tipo psíquico criminal" (Tratado Teórico-Práctico de Ciencia Penal, II, El Delincuente, pp. 32-33, México, 1948).

Una derivación de la Psicología criminal es la Psicología criminal colectiva, cuya pretensión es el análisis y determinación de los factores psíquicos productores del delito ejecutado por grupos o multitudes.[45]

[45] El objeto de estudio de la Psiquiatría lo constituyen los estados psíquicos anormales y las conductas de los sujetos que los sufren. A tal fin no basta el examen de las determinaciones psíquicas sino el estudio somático que comprende la estructura orgánica, la función del órgano concreto y del sistema nervioso. "Sólo conjuntamente del campo orgánico y psíquico puede derivarse un diagnóstico –expresa Langeluddeke–. Ha habido una ligera desviación de la antigua opinión de que las enfermedades mentales eran enfermedades del cerebro. Seguramente es el cerebro el órgano que interviene en mayor medida en las enfermedades mentales; pero también otros órganos tienen su importancia para lo psíquico. Así, el llamado sistema neurovegetativo y las glándulas endocrinas (tiroides, testículos, ovarios, etc.), juegan un papel no despreciable en lo psíquico. Sobre las conexiones en particular no sabemos demasiado: hay enfermedades, como la parálisis progresiva o la atrofia cerebral de dic, que van unidas a grandes destrucciones del cerebro. En las otras enfermedades mentales, y desde luego en las más graves, como los estados demenciales de las esquizofrenias, no encontramos con los métodos conocidos hasta ahora casi ninguna alteración en el cerebro. En este campo nuestra investigación está aún en sus comienzos". Psiquiatría Forense, p. 34. Espasa-Calpe, Madrid, 1972. Trad. Luis BENEYTEZ MERINO.

La psiquiatría, también denominada psiquiatría jurídica, viene a ser, si bien se piensa en la cuestión, una rama o aspecto de la Medicina Legal, aunque en la actualidad existe la tendencia a separarlas dándoles objetos y fundamentos distintos. También se le denomina psiquiatría forense y al decir de COUSIÑO MAC IVER, contribuye eficazmente al estudio de los problemas de la capacidad penal: "Los psiconeuróticos y los psicópatas son un grave incordio para el derecho penal, en relación con los problemas de la responsabilidad. Desde otro punto de vista, el jurista no puede desentenderse de la ciencia psiquiátrica cuando quiere elaborar una fórmula sobre la inimputabilidad de los enfermos mentales (...) Por último, la psiquiatría jurídica también es un auxiliar precioso –a través de sus técnicas– en el proceso penal, para resolver las cuestiones particulares que se presentan" (Derecho Penal Chileno, Parte General, I, pp. 57-58. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1975)

10. MEDICINA LEGAL

Esta disciplina se ocupa de la aplicación de los conocimientos de la medicina a los casos penales. Su importancia es indudable, pues sólo merced a ella es posible determinar con absoluta precisión, de modo científico, las causas d la muerte en algunos delitos como el homicidio, el infanticidio, etc., proporcionando valiosos elementos para la comprobación de los elementos del delito en innúmeras infracciones penales y aún para esclarecer la responsabilidad penal. Por ello se ha dicho que comprende todos aquellos conocimientos médicos necesarios al hombre de leyes.[46]

Es innegable el desarrollo cada vez más amplio de esta disciplina, que al decir de MARTÍNEZ MURILLO, fue creada "por el interés práctico de la administración de justicia, en que las ciencias biológicas y las artes médicas contribuyen, entre otras, a dilucidar o resolver sus problemas de los órdenes biopsicológicos y fisicoquímicos en la aplicación de la ley". Aunque en la Edad Media, a partir del Siglo XIII, encontramos antecedentes respecto a la práctica médica en heridos, previa orden judicial (Decreto expedido por el Papa Inocencio III) sólo hasta el Siglo XV se realizan dictámenes o peritajes en determinados casos de aborto, infanticidio, etc., fincándose en los siglos subsecuentes las bases científicas de la disciplina con TARDIEU, RENARD, WEBSTER y muchos otros.[47]

---

[46] Felipe GRISPIGNI, ob. Cit., I, p. 41.

[47] Salvador MARTÍNEZ MURILLO, Medicina Legal, pp. 1-2, 12ª edición, México, 1977. Alfonso QUIROZ CUARÓN le señala a la medicina legal como objeto, "auxiliar al Derecho en dos aspectos fundamentales; el primero toca a las manifestaciones teóricas y doctrinales, básicas cuando el jurista necesita de los conocimientos médico biológicos, si se enfrenta a la formulación de alguna norma que se relaciona con esos conocimientos; el segundo es aplicativo a la labor cotidiana del médico forense, y se comprende fácilmente en sus aplicaciones al Derecho Penal a través de algunas cifras... "En cuanto al método, el propio QUIROZ CUARÓN aduce que si la medicina forense "es el conjunto de todos los conocimientos médicos y biológicos aplicados a resolver los problemas que se plantean desde la vertiente del Derecho, su método no es otro que el de las ciencias jurídicas y el método de la medicina forense es el conjunto de los recursos de que ésta se vale para resolver los problemas que quienes se encargan de administrar justicia le plantean. Como ciencia positiva que es, dos son sus métodos fundamentales: la observación y la experimentación. La primera puede ser simple o directa, como cuando se observa la cicatriz que una lesión ha dejado en el rostro; o instrumental como cuando se determina y cuantifica la alcoholemía en la sangre, o cuando en el lavado de los dedos de las manos se investiga su contacto con la mariguana mediante la cromatografía en capa fina. Observación es la que se hace en la práctica de la necropsia médico forense, o la que se hace en la víctima en los casos de los delitos de violación, o cuando se precisa la edad cronológica de una persona o si ésta es púber o impúber. Y se experimenta cuando, por ejemplo, para explorar el sistema nervioso órgano vegetativo, se inyecta adrenalina y se toma la presión arterial, la frecuencia del pulso, de las respiraciones y de la temperatura corporal, o cuando, para deducir la distancia a la que se hizo un disparo con arma de fuego, se realiza la prueba de Walker. Mediante la observación y la experimentación, la medicina forense busca el conocimiento de la verdad, fin supremo de la justicia. La observación y la experimentación tienen por objeto descubrir las causas de los fenómenos que se estudian y a la vez, establecer las leyes que los rigen en la aparente irregularidad de los mismos". Medicina Forense, pp. 82 y ss. Editorial Porrúa, 1977.

En estricto rigor, expresa GRISPIGNI, la Medicina legal comprende la Psiquiatría forense, cuyo objeto lo constituyen las enfermedades psíquicas en cuanto puedan interesar a la aplicación de la norma jurídica. Su utilidad queda fuera de toda duda, pues habrá de precisar, en algunos casos, si el sujeto queda o no excluido de la aplicación de las sanciones propiamente penales, según se trate de un enfermo mental o de una persona normal, o si se encontraba, al ejecutar el hecho, bajo un trastorno mental transitorio producido por causa patológica o por intoxicación a consecuencia de la ingestión de bebidas o substancias capaces de producir, por su naturaleza, ese estado.[48]

11. LA CRIMINALÍSTICA

Es el conjunto de conocimientos especiales que sirven de instrumento eficaz para la investigación del delito y del delincuente. Rafael MORENO GONZÁLEZ, en su obra "Introducción a la Criminalística", aclara que el término lo utilizó por primera vez HANNS GROSS, en su Manual del Juez, editada en 1894, expresión que en múltiples ocasiones se confunde con criminología, no obstante que se trata de disciplinas cuyos objetos son diferentes, pues mientras esta última es una ciencia causal explicativa que se ocupa del estudio del "fenómeno criminal", para conocer las causas y formas de su manifestación, la criminalística se plantea la interrogante del porqué del delito. MORENO GONZÁLEZ define la criminalística como "la disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo relacionado con un presunto hecho delictuoso, con el fin de determinar, en auxilio de los órganos encargados de administrar justicia, su existencia, o bien señalar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo" (Ob. Cit., pp. 21 y ss-Sexta edición, Ed. Porrúa, México, 1990).

[48] Coincidiendo con GRISPIGNI el penalista chileno Eduardo NOVOA precisa que la Psiquiatría forense forma parte de la Medicina legal, puesto que se ocupa de las perturbaciones mentales que afectan a los delincuentes, siendo su principal función "proporcionar al juez elementos técnicos de juicio que le permitan juzgar sobre la imputabilidad del acusado". Curso de Derecho Penal Chileno, p. 49, Editorial jurídica de Chile, 1960.

En realidad, más que una ciencia debe considerársela un arte, pues utiliza para su fin concreto un impreciso número de disciplinas de variado contenido, como la balística, la grafoscopía, la química, etc. Frecuentemente se la confunde con la Política científica, denominándosele en forma indiferente con uno u otro nombre. Algunos autores las separan dándoles autonomía y, en fin, otros consideran a la segunda como parte de la primera.[49]

12. LA PSICOLOGÍA JUDICIAL

ANTOLISEI la define como " una rama de la Psicología que tiene por objeto la investigación de las manifestaciones psicológicas de las varias personas que participan en la administración de la justicia penal".[50] Similar definición aporta GRSIPIGNI al decir: "Es aquella rama de la Psicología aplicada que tiene por objeto las varias personas que participan en el proceso penal: juez, partes, testigos, etc.", destacando su importancia para la dogmática por cuanto, la valoración psicológica de dichos sujetos, resulta eficaz en la aplicación de las normas penales, dando, por ejemplo, con relación al imputado, un elemento importante en su clasificación como delincuente.[51] Más sencilla, pero de mayor claridad, nos parece la definición de RANIERI, quien dice que "estudia el modo de comportarse de las varias personas que participan en el proceso penal".[52]

JIMÉNEZ DE ASÚA subraya el cada vez más amplio radio de la psiquiatría forense, en lo que toca al enjuiciamiento del delincuente y ala ejecución de las penas y las medidas de seguridad, en virtud de que precisamente su objeto lo constituyen los delincuentes enajenados, ofreciendo elementos de juicio seguros para que los tribunales establezcan

---

[49] En este sentido CUELLO CALÓN, al expresar: "Un aspecto de la Criminalística es la Policía Científica" Luis JIMÉNEZ DE ASÚA estima que la Criminalística, en virtud de referirse al arte de descubrir el delito y el delincuente, es más amplia que la Policiología, pero de menor importancia que la Criminología, De la cual acaso pueda formar parte. ANTOLISEI le da igualmente, a ambas disciplinas, objetos particulares y por lo mismo autonomía. "Dentro de un ambicioso programa –expresa Luis COUSIÑO MAC IVER– algunos han querido erigir la criminalística –arte o técnica auxiliar en la investigación del delito– como una rama especializada destinada a cumplir los siguientes objetivos: a) De policía técnica o científica; b) De profilaxia o prevención del delito; c) De penología; d) De ciencia penitenciaria y e) De readaptación social del delincuente. Empero, de ese programa hay que excluir, desde luego, la penología, que pertenece al Derecho Penal; y la ciencia penitenciaria, así como lo relativo a la readaptación social del delincuente, que fundamentalmente quedan dentro de los objetivos de la criminología. Resta, en consecuencia, la criminalística reducida a su papel de policía técnica, de profilaxia y de prevención del delito, aunque este último aspecto es controvertido por algunos". Derecho Penal Chileno. Parte General, tomo I, p. 56. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.

[50] Manuale di Diritto Penale, p. 19, Milano, 1955.

[51] Ob. Cit., I, p. 41.
[52] Ob. Cit., p. 12.

la responsabilidad de los procesados, advirtiendo que el médico jamás debe opinar sobre dicha responsabilidad ni ser preguntado sobre el punto por la autoridad judicial, práctica ésta que califica de viciosa y que se encuentra muy difundida en los países hispanoamericanos.[53]

13. LA ESTADÍSTICA CRIMINAL

Las estadísticas, en general, se ocupan de la observación y del cálculo de los fenómenos colectivos, procediendo mediante la selección de

[53] Tratado, I, p. 190.

Grupos de hechos concretos expresados en cifras y puestos en orden comparativo.[54] Esta rama de la estadística, dice FLORIÁN, no es sino la investigación sistemática y metódica de la expresión numérica de la delincuencia, constituyendo la piedra angular de apoyo de la Sociología criminal, la cual hace de ella su método de investigación.

Se puede dividir el procedimiento estadístico en inventario, análisis y deducción; la primera fase consiste en la acumulación de datos bajo un sistema, a efecto de lograr su clasificación, tomando siempre como base "un tópico" predeterminado; la segunda, que requiere competencia en el catalogador, está orientada a extraer consecuencias de los datos inventariados, mediante su análisis completo; la última constituye la síntesis del procedimiento estadístico y habrá de proporcionar datos concretos y ordenados sobre una serie de cuestiones precisadas de antemano y motivadoras de la investigación estadística. Consideramos a las estadísticas policiales, judiciales y de prisiones como la s de mayor importancia para conocer los factores que producen el delito y la mayor o menor eficiencia de los medios adoptados para combatirlo.

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ALMARAZ, José: Tratado Teórico Práctico de Ciencia Penal, II, México, 1948; ANTOLISEI, Francisco: Manuale di Diritto Penale. Parte Generale, Milano, 1955; CASTELLANOS TENA, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S. A., 10ª edición, 1976; COUSIÑO MAC IVER, Luis: Derecho Penal Chileno. I, Editorial Jurídica de Chile, 1975; CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho Penal, I, 9ª edición; GRISPIGNI, Felipe: Diritto Penale Italiano, I, 1ª edición, Milano, 1947; JIMÉMEZ DE ASÚA, Luis: La Ley y el delito, Editorial Hermes, 2ª edición, 1954; LAVASTINE Y STANCIÚ: Compendio de Criminología, Editorial Jurídica Mexicana, 1959; LISZT, Franz Von, Tratado de Derecho Penal, I, Madrid, 1926; MANZINI, Vincenzo: Tratado de Derecho Penal, I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948; MARCHIORI, Hilda: Psicología Criminal, cuarta edición, Porrúa, 1980; MORENO GONZÁLEZ, Rafael: Manual de Introducción a la Criminalística, sexta edición, Ed. Porrúa, México, 1990; NOVOA, Eduardo: Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1960; PORTE PETIT, Celestino: Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, I, México, edición 1960; PUIG PEÑA, Federico: Derecho Penal, I, Madrid, 1955; RANIERI, Silvio: Diritto Penale. Parte Generale, C. E. A. Milano, 1945; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: Derecho Penal Español (Parte

[54] Hans VON HENTIG, Criminología, p.69, Editorial Bibliográfica Argentina, 1948.

General), 7ª edición, Madrid, 1979; ROSAL, Juan del: Principios de Derecho Penal Español, I, Valladolid, 1945; SAUER, Guillermo: Derecho Penal, Parte General, Bosch, Barcelona, 1956; SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, I, Buenos Aires, 1951; SOLÍS QUIROGA, Héctor: Sociología Criminal, Ed. Porrúa, segunda edición, México, 1977.

CAPÍTULO III

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO

1. La venganza privada.—2. La venganza divina.—3. El Derecho griego.—4. El Derecho romano.—5. La venganza pública.—6. El periodo humanitario.—7. El periodo científico.—8. La Escuela Clásica.–9. La Escuela Positiva.–10. Otras Escuelas

1. LA VENGANZA PRIVADA

El progreso de la función represiva, cuestión que se ha pretendido identifica r con la evolución de las ideas penales, presenta diversos matices según el pueblo a estudio. Ni en todas las sociedades ha sido igual, ni tampoco ha sucedido, con normal tránsito, en las diversas épocas.

En los tiempos más remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, pr colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste. La expulsión, que en un principio se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo.

Para PESSINA, la primera reacción que se despierta en la conciencia de las primitivas colectividades, al constatar la atrocidad de los grandes crímenes, es la de descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión, constituyendo una venganza colectiva. “Quien rompe la paz, pierde la guerra. El individuo que lesiona, hiere o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él tienen

los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir un deber ineludible como venganza de familia".[55]

Ignacio VILLALOBOS subraya que el periodo de la venganza privada no corresponde propiamente a un estadio de evolución del Derecho penal, tratándose de un antecedente en cuya realidad hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a substituirla,[56] pensamiento que aclara CASTELLANOS TENA al observar que no toda venganza puede considerarse antecedente de la represión penal, sino sólo la actividad vengadora apoyada por la colectividad misma, al reconocer el derecho del ofendido a ejercitarla, proporcionándole la ayuda material o el respaldo moral necesario.[57]

El Talión representa, sin lugar a duda, un considerable adelanto en los pueblos antiguos al imitar los excesos de la venganza, ya personal o del grupo, señalando objetivamente la medida de la reacción punitiva en función al daño causado por el delito.

Es ejemplo de la época talional, ubicada por algunos autores en el periodo de la venganza pública, el Código de Hammurabi, cuya antigüedad se hace ascender a dos mil años antes de la era cristiana, conjunto de preceptos que consagró el principio de la retribución, al sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta. Ejemplo

---

[55] Elementos de Derecho Penal, pp. 75-76, Editorial Reus, 4ª edición, Madrid, 1936.
La expulsión o proscripción se explica en razón de las condiciones imperantes en los grupos en donde, como reacción primitiva, tuvo nacimiento. En la vida primitiva, sólo el grupo garantiza la supervivencia; la vida en aislamiento no es concebible, pues el hombre en tales condiciones está condenado a perecer, ante su incapacidad para hacer frente a las fuerzas de la naturaleza y a sus tradicionales enemigos: los animales feroces. "Los gigantes, los devoradores de hombres y los cíclopes podían vivir solitarios por sí mismos –escribe VON HENTING-. Pero los hombres corrientes solamente unidos podían hacer frente a la prepotencia de las fuerzas de la naturaleza, y a los enemigos humanos, fieras y fantasmas. Únicamente manteniéndose reunidos obtenían protección y seguridad. Nacen instintos gregarios, la tendencia al hogar, al conformismo y a la coincidencia. Por eso la separación coactiva de un miembro del grupo no es sólo un peligro mortal, sino también un profundo trauma psíquico… Bastaba que el grupo retirase su mano protectora al delincuente para poner en peligro su vida. Para quien perdía la paz dejaba de existir el orden benéfico de la solidaridad y quedaba abierto el paso a las fuerzas destructoras que acechaban en torno… Expulsar el mal es uno de los métodos para librarse de él. Todo lo nocivo, y también un "chivo expiatorio", podía transportarse a las tierras incultas donde la potencia de la soledad daría cuenta de ello. De la destrucción del que perdía la paz se encargaban los espíritus, los enemigos y los animales feroces." Hans VON HENTING, La Pena, Vol. I, p. 117. Espasa-Calpe, Madrid, 1967. Trad. José María RODRÍGUEZ DEVESA. La privación de la paz y la exclusión del delincuente de su grupo, a criterio de Carlos CREUS, implicaba el retiro de la protección que como integrante del mismo se le debía, "dejándolo a merced de otros grupos o aún de individuos de aquel del que había sido excluido; la permisión a los agraviados para llevar a cabo por sí mismos la aplicación de la pena en la persona del infractor o de sus familiares (venganza de sangre), sin perjuicio de que el mismo reparase el daño inferido para evitar esa consecuencia (composición), Derecho Penal, Parte General, pp. 30-31, Astrea, Buenos Aires, 1992.

[56] La crisis del Derecho Penal en México, pp. 32-33, Editorial Jus, México, 1948.

[57] Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 32. Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976.

de ella son las prescripciones que, refiriéndose al constructor de una casa, ordenaban su muerte si por mala edificación se hundía y mataba al propietario, llevando tal castigo al hijo del maestro de obras cuando el hundimiento mataba al hijo del dueño. Este documento histórico, la más antigua legislación conocida (aparece inscrita en un bloque de piedra), tiene el mérito de haber distinguido algunos casos de delitos culposos, excepcionando de pena el caso fortuito.

La composición, instituto de importancia relevante en algunos pueblos y que vino a substituir el mal de la pena mediante una compensación económica dada al ofendido o a la víctima del delito, constituyó una nueva limitación de la pena por el pago de una cierta cantidad de dinero por lo que tuvo acogida entre aquellos pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario. La composición, que en un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria legal posteriormente, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada.

La composición tuvo, no obstante, algunas limitaciones, ya que en relación a ciertos delitos públicos (traición, etc.) no se admitió la substitución de la pena y, en otros, a pesar de su índole privada, se permitió la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban el honor (adulterio). En la época de la composición legal, señala FONTÁN BALESTRA, la composición en sí o wergeld era la suma abonada al ofendido o a su familia, en tanto el fredo era la suma recibida por el Estado, como una especie de pago por sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las compensaciones.[58]

2. LA VENGANZA DIVINA

Este periodo, en el progreso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

Dentro de este periodo situamos al Pentateuco, conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento y en los que se contienen las normas de Derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa. El derecho de castigar (jus puniendi) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa. En el Pentateuco encuéntrense prohibiciones tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos, la venganza privada.

[58] Derecho Penal, pp. 60-61, 3ª edición, Buenos Aires, 1957.

Los Libros Sagrados de Egipto son, igualmente, prueba de la fusión entre los conceptos de delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa, y aunque no han llegado a nuestro directo conocimiento se tienen referencias de ellos. El Derecho egipcio está también, como el del pueblo judío, lleno de espíritu religioso; en él se observa, como dice PUIG PEÑA, la misma delegación divina en los sacerdotes en orden al derecho de castigar.[59]

El sistema de represión seguido en las épocas primitivas nos muestra que la pena fue considerada, primero como un castigo y después como una expiación. Este último concepto fue substituido más tarde por el de retribución, pues el hecho de haber perdurado durante siglos el principio talional nos prueba que la medida de la pena no era sino el resultado de una apreciación, con raras excepciones, meramente objetiva del daño resultante del delito. En la mayoría de los casos bastaba la simple comprobación de la relación natural entre la conducta del sujeto y el daño material causado para aplicar la pena. Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al influjo de tan genérica concepción y, por ello, se puede señalar como característica de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso criterio objetivo.

3. EL DERECHO GRIEGO

En realidad son poquísimas las referencias existentes sobre el Derecho penal griego y el conocimiento escaso de que disponemos nos ha llegado, principalmente, a través de filósofos y poetas. Se le considera, sin embargo, como un puente de transición entre el Derecho oriental y el occidental, siendo, como lo nomina THONISSEN, "el confín entre dos mundos".

Los Estados griegos conocieron los periodos de la venganza privada o de sangre y de la venganza divina en sus inicios históricos, pero más tarde, cuando se consolidan políticamente, separan el principio religioso y fundan el derecho a castigar en la soberanía del Estado. Sobre este particular dice PUIG PEÑA: "…la nota saliente de este Derecho –que determina principalmente en la época histórica ateniense- es la transición al principio político, determinándose ello, en cuanto al ius puniendi, porque éste poco a poco va articulándose en el Estado, en cuanto al delito, porque ya no es ofensa a la divinidad, sino ataque a los intereses de aquél (se perfila ya en Grecia la división de los delitos según ataquen los

[59] Derecho Penal, I, p. 17, Madrid, 1955.

intereses de todos o simplemente un derecho individual, reservando para los primeros las penalidades más crueles);

En cuanto a la pena, por su finalidad esencialmente intimidativa, no expiatoria, como en el periodo anterior".[60]

4. EL DERECHO ROMANO

El pueblo romano, en el inicio de su evolución histórica conoció, como todos los pueblos antiguos, la expulsión por la paz y la composición. Es de suponer que en sus raíces remotas haya existido también la venganza privada, pero su organización social primitiva, que consagró al pater familias como la autoridad suprema del núcleo familiar, excluyó tal forma de reacción contra el delito, pues al pater correspondió el ejercicio de la venganza.

Es en el Derecho romano donde se precisa, con exactitud, la diferencia entre delicia privata y crimina publica, con posterioridad a las leyes de las XII Tablas, pues éstas recogieron, principalmente, los sistemas talional y de la composición. Aunque ya las XII Tablas estatuyeron el delito de traición, castigándolo con la muerte, las leyes surgidas con posterioridad dieron nacimiento al concepto del crimen inminuatae vellaesae maiestatis populi romani, consagrado en la Lex Cornelio, que comprendió como delitos de lesa majestad los considerados como perduellio.

La perduellio –una de las instituciones más antiguas del Derecho romano-, era la acción más grave, entre las formas de delitos cometidos contra el Estado. La construcción del crimen laesae maiestatis, encuentra su origen en los tiempos de Lucio Cornelio Sila. El judicium perduellionis castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de la patria, ponía en peligro su seguridad, comprendiendo, por tanto, las actividades atentatorias de la seguridad y permanencia del Estado. La denominada prodigio, se castigó, dentro de la judicium perduellionis, por atentar igualmente contra la seguridad del Estado y

[60] Ob. Cit., I, p. 19. La literatura jurídico-penal ha puesto en relieve que la ciencia del Derecho Penal, como disciplina sistemática, es de moderna creación. En Grecia se fundamenta, así se interpreta, en principios de raigambre filosófica y moral, como lo es el de la razón de la pena: PITÁGORAS encuentra su fundamento en la retribución; PROTÁGORAS en la intimidación y PLATÓN en la expiación o purificación, dándole el carácter de "medicina del alma". ARISTÓTELES se adhiere al criterio de la prevención, estimando a la pena necesaria para que la comunidad obedezca la ley más por el temor que por la razón. (Véase G. MAGGIORE, Derecho Penal, I, p. 71. Editorial Témis, Bogotá, 1989. Reimpresión de la segunda edición. Trad. José J. ORTEGA TORRES a la Quinta Edición italiana). "Es sólo a partir del derecho griego –señala Carlos CREUS- que se afirma el sentido laico del derecho penal, dirección que encuentra su consagración definitiva en el derecho romano, con el que, a la vez, se termina la evolución en pos del carácter público de aquél; porque si bien originalmente existió en él una distinción entre delitos públicos (perduellis y parricidium, denominaciones genéricas que comprendían una variada gama de infracciones) –que eran perseguidas por el Estado- y privados- que eran perseguidos por los particulares-, ella fue perdiendo vigencia, hasta que en la época del Imperio la función penal quedó exclusivamente en manos del emperador (con jueces que actuaban en su nombre)". Ob. Cit., p. 32.

La cometía el ciudadano que ayudaba al extranjero conta la propia patria, constituyendo su esencial carácter el animus hostilis in existium republicae.

Todos los crímenes públicos, atentatorias de la seguridad del Estado, quedaron incluidos en la Lex Julia, la cual aparece reproducida en el Digesto. La Lex Julia, comprendió los delitos contra la seguridad externa del Estado, clasificando los que comprometían la integridad territorial, la entrega de hombres al enemigo, la deserción, la traición por vileza, la excitación de un pueblo a la guerra y otros. A tales infracciones se les dio como pena la del aquas et ignis interdicto. A la Lex Appuleia siguieron la Lex Varia (año 662 de Roma) y la de Sila, castigaron la sedición y la rebelión.

Tratándose de los crimina publica, el Derecho romano llegó, en la Constitución de Arcadia, conocida como la Ley 5 del Código de la Lex Julia, a castigar la inducción como acción consumada, prolongando la responsabilidad del autor a sus hijos y a los descendientes de éstos.

El parricidium (parricidio) constituyó, frente a la perduellio, el más grave delito privado, siguiéndole posteriormente otros como los de daños, falsedad, hurto, homicidio intencional, perjurio, hechicería, etc.

Se pueden señalar como características importantes del Derecho romano las siguientes:

a) El delito fue ofensa pública, aun tratándose de los delicta privata;
b) La pena constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa, correspondiendo al Estado su aplicación;
c) Los crimina extraordinaria, que integraron una especie diferente a los delitos públicos y privados, se persiguieron únicamente a instancia del ofendido;
d) El desconocimiento absoluto del principio de legalidad o de reserva, originándose la aplicación analógica y, en algunos casos, el exceso en la potestad de los jueces;
e) La difenciación entre los delitos dolosos y los culposos, y
f) El reconocimiento, en forma excepcional, de las causas justificantes de legítima defensa y estado de necesidad. El consentimiento del ofendido se reconoció, igualmente, en ocasiones excepcionales, como causa de exclusión de la antijuricidad, tratándose de bienes disponibles y con relación a los delicta privata.

En cuanto al procedimiento, se adoptó el sistema acusatorio, con independencia o autonomía de personalidad entre el acusador y el magistrado, estableciéndose el derecho del acusado para defenderse por sí o por cualquier otra persona.

5. LA VENGANZA PÚBLICA

En esta etapa de la evolución de las ideas penales, se transforman los conceptos de pena y función represiva, dándoseles un carácter emi-

nentemente público. Se caracteriza, al decir de CUELLO CALÓN, por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública. "Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes...; reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia...; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando".[61]

Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido reconocido el cristianismo como religión oficial, la Iglesia cobró fundamental importancia, no sólo en su aspecto ideológico sino temporal, El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente, para liberarse del delito. No obstante, a pesar de toda la bondad de que fue capaz la doctrina cristiana, durante su influencia la pena se transformó en el medio más eficaz para la represión del delito y, aunque parezca paradójico, se tornó día a día más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El Derecho penal canónico, según la opinión de FONTÁN BALESTRA, mantuvo la naturaleza pública del Derecho penal romano, estableciendo un lazo de unión y vía de supervivencia de éste en el Derecho penal moderno. "Durante el Imperio –dice textualmente–, la Iglesia actuó disciplinariamente en asuntos exclusivamente eclesiásticos, en tanto que el Estado mantuvo en sus manos el Derecho penal laico, lo mismo que en el reino de los francos bajo el reinado de los merovingios. El Derecho penal canónico cobró excepcional importancia bajo los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, es decir, durante el tiempo comprendido entre los años 1073 y 1216. Asume en esa época una gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometía un delito de lesa majestad. El delito de herejía da especial significado a lo dicho, por cuanto con él se advierte que el Derecho penal canónico deja de ser u mero derecho disciplinario,

[61] Derecho Penal, I, pp. 61-62, 12ª edición.

Ya que al principio sólo consistía en la facultad otorgada a los obispos, de decretar la excomunión del transgresor. El fuero personal se impone en definitiva, de tal manera que, cualquiera fuera el delito cometido, el sacerdote debía ser juzgado por sus pares, conquista a la que se llegó reconociendo primero ese privilegio solamente a los obispos para extenderlo después a todos los clérigos, existiendo un periodo intermedio en el cual ciertas categorías de religiosos, antes de ser juzgados por un tribunal laico, debían ser depuestos por la Iglesia. Así mismo, la competencia de los tribunales eclesiásticos aumentó en tal forma que, por razón de la materia, intervenían aún en los casos en que el delito fuese cometido por un laico. Cuando el hecho delictuoso atacaba la religión, esa jurisdicción era indiscutida, no ocurriendo lo mismo con otras infracciones (incesto, adulterio, sodomía, usura, etc.) en que su jurisdicción resultó cuestionada".[62]

En plena Edad Media, entre los siglos XI y XVI se produce un resurgimiento, del Derecho romano, difundiéndose y comentándose los textos que habían quedado olvidados entre las polvorientas bibliotecas de iglesias y conventos. Aparecen primero en los siglos XII y XIII, los glosadores, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las leyes romanas, a quienes siguen, en los siglos XII a XV los llamados postglosadores o comentaristas, cuya labor se orientó, fundamentalmente, a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos. A esta época pertenecen los trabajos de Guido de SUZZARA y de Alberto GANDINO, autor del Tractatus de Maleficiis, considerado por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del Derecho penal, descollando entre ellos Julio CLARO (1525-1575), con su obra Opera omnia sive practica, civilis atque criminalis, y Prospero FARANACIO, con su Praxis et theorica criminalis, que pretende ser un resumen de las prácticas del Derecho Penal de la época (siglo XVII). MAGGIORE puntualiza que la edad media da entrada, junto al romano, a los derechos germánicos y cristiano, el segundo de los cuales otorga carácter privado al delito y a la pena, por predominar el individualismo en su concepción, de manera que la venganza privada y la composición satisfacen la deuda creada por el delito, pero que con el advenimiento del cristianismo y la restauración del principio de autoridad del Estado y de la Iglesia, la potestad de castigar vuelve de la sociedad ala Estado combatiéndose la venganza privada por medio de la tregua de Dios del derecho de asilo, asumiendo el delito carácter moral y religioso; en el Derecho Canónico triunfa el principio de expiación, según la fórmula que reza: "el juez castiga, no por deleitarse en la miseria aje-

[62] Ob.cit., pp. 65-66.

na, lo cual sería hacer mal por mal, sino por deleite de la justicia, que es devolver lo justo por lo injusto, el bien por el mal".[63]

6. EL PERIODO HUMANITARIO

Aunque es notable la influencia humanitaria de la obra de César BONNESANA, Marqués de Beccaria, a la cual nos referiremos luego, la doctrina del Derecho natural había con anterioridad pretendido afirmar los derechos del hombre frente a la razón del Estado. Las obras de GROCIO, PUFENDORFF, TOMASIUS, LOCK y otros, integraron una corriente de doctrina que cumplió una misión histórica frente a la monarquía absoluta.

Según NOVOA, iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por "el despertar intelectual y libertario", el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal. Dentro de este movimiento destacan, fundamentalmente, las obras de MONTESQUIEU (El espíritu de las leyes), VOLTAIRE (Sobre la tolerancia) y ROSSEAU (El contrato social), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose, como fundamento de la pena, el contrato social.

César BECCARIA, con el pequeño libro De los delitos y de las penas, logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente. Su voz, como elogiosamente expresa Enrique FERRI, suscitó un "estremecimiento de entusiasmo" en toda Europa, tanto entre los pensadores y juristas como entre los reyes legisladores, inspirando un movimiento de reforma legislativa. Catalina de Rusia transcribe páginas enteras de la obra de BECCARIA en sus Instrucciones a la Comisión encargada de la

[63] Ob. Cit., I, pp. 72-73. Importantes son las aportaciones de los pensadores de la Iglesia, San Agustín (354-430) postula a la pena como retribución divina (eterna o temporal), reconociendo al príncipe el derecho a castigar y al juez el de aplicarla, aunque se declara enemigo de la pena de muerte, porque con ella se priva al culpable de un posible arrepentimiento, Santo Tomás de Aquino hace claro distingo entre las leyes natural, humana y divina, cuyas violaciones generan penas de índole natural y humana, las dos primeras, y de carácter espiritual y temporal la última, considerando al derecho a castigar como justicia conmutativa, es decir, la pena es retribución o compensación del sufrimiento originado en la acción precedente. G. MAGGIORE, Idem, I, pp.73-74.

modificación de las leyes penales (1767); Leopoldo de TOSCANA acoge las sugerencias y en 1786, entre otras, proclama la abolición de la pena de muerte; igual medida toma José II de Austria (1787);[64] mientras
Federico el Grande suprime la tortura. "La revolución francesa –escribe Enrique FERRI–, por reacción generosa contra los abusos medievales establece en la Declaración de los derechos del hombre, que 'las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que lasa acciones nocivas a la

sociedad' (art. 5°), y que 'no debe establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias' (art. 8°), de lo que resulta 'que nadie puede ser castigado sino en virtud de una pena promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente' (art. 8°) y nadie 'puede ser acusado, arrestado y puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas en ella prescritas' (art. 7°). Y como quiera que los hombres nacen y permanecen libres e iguales ante el Derecho (art. 1°), así 'la ley debe ser la misma para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga' (art. 6°)...".

La influencia del libro de BECCARIA se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y, en lo posible, hizo más expedita la justicia. De los cuarenta y dos capítulos que integran el libro de BECCARIA, a cual más interesante, destacan preferentemente los relativos al origen de la pena y del derecho de castigar; el de la interpretación de las leyes; el que se ocupa de la oscuridad de las mismas; los relativos a la pena de muerte, la templanza en las penas, relación entre el delito y la pena y las medidas de seguridad.

BECCARIA concluye su libro con estas palabras que resumen su contenido esencial: "De cuanto hemos visto hasta ahora se puede deducir un teorema utilísimo, aunque poco conforme con el uso, que es el más común legislador de las naciones: 'Para que toda pena no constituya un acto violento de un individuo, o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser esencialmente pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, proporcionada al delito y prescrita por las leyes'...".

---

[64] Al decir de ZAFFARONI, la reforma penal emprendida por José II de Austria se inspiró en el "racionalismo", a cuyo efecto suprimió la pena de muerte sustituyéndola por la de galeras (1781), reforma más que apoyada en la corriente de humanización lo hizo "en la configuración política de una monarquía racional", con lo que de hecho se adelantó al derecho napoleónico, por lo que "la seguridad contra la arbitrariedad no obedecía tanto a la protección del individuo como a la protección del legislador y de su voluntad", lo que en su criterio tuvo como ventaja el consagrar expresamente el principio de legalidad y separar el derecho sustancial del derecho procesal. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. I, p. 360. Ediar editora, Buenos Aires, 1987.

Posteriormente HOWARD recorre la "geografía del dolor", como certeramente ha llamado Constancio BERNALDO DE QUIRÓS al camino seguido por el insigne inglés en todas las prisiones de Europa, muriendo de fiebre tifoidea en Crimea, no sin antes dejar constancia de sus observaciones en un libro en el que criticó al estado de las prisiones de su época[65] y en el cual se fijaron las bases para remediarlo: higiene y alimentación; disciplina distinta para detenidos y encarcelados; trabajo y sistema celular dulcificado. CUELLO CALÓN, al referirse al movimiento de Howard en Inglaterra, aduce que "su esfera de acción no

[65] State of Prisions, 1777.

Fue tan extensa pues se limitó al campo de las penas carcelarias"[66] y si tal afirmación es verdadera, no debe olvidarse que fueron sus observaciones no sólo llamadas de atención sobre las deficiencias del sistema carcelario imperante, sino aportación valiosa en la total reforma penal iniciada por BECCARIA, la cual abrió el periodo humanitario individualista.

7. EL PERIODO CIENTÍFICO

A partir de BECCARIA, a quien algunos erradamente señalan como un clásico, principió a cobrar auge en Europa el estudio del Derecho penal.

Pablo Juan Anselmo VON FEUERBACH, considerado en Alemania el padre del Derecho penal moderno, siguiendo en esencia las doctrinas de KANT, crea el criterio de que la pena es una coacción psicológica, dando así nacimiento a la teoría de la prevención general. Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye la paternidad del principio "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", aceptado en forma unánime en todos los países cuyo Derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal.

Giandoménico ROMAGNOSE, quien muere en el año de 1835, es autor de varias obras, entre las que descuella su Génesis del Derecho Penal (1791), en la cual hace un estudio sistemático de las materias penales, ocupándose ampliamente de la imputabilidad, del daño y de la pena. Se muestra contrario a la teoría del contrato social y pone en el Derecho de defensa el fundamento y justificación del Derecho penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no debe sólo reprimir el delito sino prevenirlo, cuestión tratada por él en la parte quinta de su Génesis.

Giovanni CARMIGNANI, autor de los Elementos de Derecho Penal, así como de la Teoría della leggi della sicurezza sociale, publicada en 1831, pretendió que la pena política encuentra su fin en la defensa, mediante la intimidación, para evitar delitos futuros. "El derecho de castigar –expone CARMIGNANI–, es un derecho de necesidad política", en tanto el objeto de la imputación no es la venganza por el delito cometido sino prevenir la comisión de delitos semejantes.

Además de las anteriores, resultan notables la s obras de GROLMANN, BENTHAM, ROEDER, RENAZZI Y ROSSI, a quienes se

[66] Ob. Cit., I, p. 63.

denomina clásicos, queriéndose significar con ello su pertenencia a un movimiento jurídico

Filosófico pasado de moda, según el sentir de los positivistas, no obstante que las ideas expuestas por ellos no tienen, en muchos casos, similitud alguna y, por lo contrario, son en ocasiones opuestas en sus fundamentos y fines.

Con relación a la función de la pena, el grupo de pensadores mencionados, surgidos entre el último tercio del siglo XVII y fines del XIX, a quienes se suman Manuel KANT, STHAL, Federico HEGEL, BAUER y otros, propugnaron diversos criterios que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) Teorías que ven en la pena una retribución, sea de origen divino, moral o jurídico. Entre éstas destaca la posición de Manuel KANT, para quien el deber de castigar el delito es un imperativo categórico constitutivo del fundamento del jus puniendi, careciendo por ello la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La pena, en síntesis, es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito.

Federico HEGEL sostuvo que el ordenamiento jurídico, dictado por el Estado, persigue un orden aparentemente alterado por el delito, po ello, la infracción a la ley penal es negación del derecho y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea la negación de la negación del Dercho.

b) Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y, por lo tanto, su fin es la prevención del delito. La prevención puede ser especial como lo sostiene GROLMANN, cuando la pena tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa nuevos hechos delictuosos, o bien, general , cuando la amenaza dela pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos. En esta última posición, FEUERBACH elabora su teoría de la coacción psicológica.

c) Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea ésta directa o indirecta.

8. LA ESCUELA CLÁSICA

Explicada la razón aducida por los positivistas para designar con el nombre de Escuela Clásica al movimiento jurídico filosófico precedente, nos resta sólo señalar que fue Francisco CARRARA quien representa su síntesis y su más alta expresión. Nacido en el año de 1805, en la ciudad de Lucca, fue profesor de Derecho Penal y de otras asignaturas, escribiendo su “Programa del Curso de Derecho Criminal”, obra monumental en donde de manera sistemática y con profunda argumentación lógica, expone el contenido de la ciencia del Derecho Pe-

Nal, trazando líneas y directrices originales que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos.

Al referirse a CARRARA, el penalista chileno Eduardo NOVOA expresa: que la finalidad de su rigurosa obra jurídica fue la de estructurar un Derecho penal que, al apoyarse en verdaderos principios jurídicos, lograra desterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, por las doctrinas teológica y metafísica, precisando con claridad la distinción entre pecado y delito, así como entre sacrificio y pena, haciendo repulsa de toda idea indefinida, de manera que la ciencia del Derecho criminal se reconoce como un "orden racional", anterior a las opiniones de los legisladores, constituyendo "el supremo Código de la libertad, que sustrae al hombre de la tiranía de otros y lo ayuda a librarse de la tiranía de sus pasiones. Aspira a dar al Derecho Penal un contenido necesario y eterno. Para ello acude a la doctrina matemática que trae el establecimiento por la energía de las nociones exactas de los entes jurídicos, define los criterios esenciales y los criterios mensuradores de todo delito concreto. Se apoya en un sistema de fuerzas que integrarían el delito y la pena y en las medidas de esas fuerzas, expresadas en las fórmulas carmignianas de la cualidad, cantidad y grado. No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, o sea, las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho. Los delitos se distinguen y clasifican según la diversa especie o importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el delito; la cantidad señala la relación de más o menos del delito, atendiendo la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del delito. Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su cantidad, proporcionalmente al daño o peligro corrido por el derecho, como, asimismo, a las condiciones de lugar, tiempo y persona. También hay en ellas dos fuerzas análogas que se encontraron en el delito".[67]

Los clásicos se empeñaron en estudiar el Derecho penal desde un punto de vista estrictamente jurídico, aplicando un método lógico abstracto. Aunque en muchos puntos discrepan entre sí, se pueden señalar como fundamentos básicos de la Escuela Clásica, los siguientes:

a) Como el Derecho Penal es una ciencia que obtiene sus conceptos en forma meramente especulativa, a través de deducciones lógicas, proclamó como método ideal el lógico abstracto;

[67] Curso de Derecho Penal Chileno, pp. 81-82. Editorial Jurídica de Chile, 1960.

b) El delito se contempla no desde un punto de vista natural sino jurídico; es la infracción a la ley promulgada por el Estado y por ello el investigador no debe perder de vista la ley. En síntesis, el delito es un ente jurídico, una creación de la ley, sin que pueda concebirse su existencia fuera del ordenamiento jurídico.;

c) La responsabilidad penal encuentra su razón de ser en la imputabilidad moral y en el libre albedrío. "Todo el ingente edificio del clasicismo –escribe PUIG PEÑA–; toda la estructuración y basamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha basado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche posible, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal. Como llegó a decir un autor eminente: 'el que niega el libre albedrío no puede justificar el Derecho Penal'..."[68]

d) Si el delito es un ente jurídico, la pena, por tender fundamentalmente a conservar el orden legal, es una tutela jurídica que lo restaura cuando se le altera. Esta consecuencia no constituye un fundamento generalmente aceptado entre los clásicos, pues, según vimos, algunos lo encuentran en la prevención, ya general o especial del delito.

Sean cuales fueren los reproches que puedan hacerse a la Escuela Clásica, su mérito indiscutible radica en haber estructurado una ciencia del Derecho penal, señalando su objeto y destacando un método utilizable n su investigación, estableciendo al mismo tiempo determinados principios que le dieron cierta unidad de sistema.

9. LA ESCUELA POSITIVA

Con motivo de los brillantes estudios realizados por César LOMBROSO, quien hace el análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los principios básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica. Por esa razón, aunque LOMBROSO fue médico y no jurista, se le reconoced como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios del siglo XX.

La llamada Escuela Positiva encuentra en Enrique FERRI su más brillante expositor. Su obra máxima, "Sociología Criminal" publicada

[68] Ob. Cit., I, p. 61.

En 1881, contiene los principios básicos en que se apoya su escuela. Destaca FERRI cuál es el método a seguir en la ciencia de los delitos, del delincuente y de las penas, a la que denominó Sociología Criminal, de la cual el Derecho penal sería sólo una parte.

Rafael GARÓFALO influyó decisivamente en la estructura de la Escuela Positiva al elaborar su definición del delito natural, concepto sociológico sin el cual no hubiera sido posible construir sólidamente un sistema. Destaca GARÓFALO, en su trabajo titulado Della mitigazioni della pene nei reati di sangue, la prevención individual como fin de la pena, haciendo un valioso aporte a la Escuela Positiva, que habría de ser aprovechado más tarde , con amplitud, al sostener la peligrosidad del delincuente como el factor preponderante para medir la punición del delito (posteriormente desarrolla nuevamente esa idea en su obra Di un criterio positivo della penalitá).

Podemos señalar como principios básicos de esta Escuela los siguientes:

a) Combatiendo el método lógico abstracto, por el que propugnó CARRARA, los positivistas adoptan, para estudiar el delito, el método experimental, propio de las ciencias causales explicativas;

b) El delito no es un ente jurídico. Según el criterio de los positivistas se trata de un fenómeno natural, producido por el hombre dentro del seno social. Por ello, debe vérsele no como una creación de la ley, sino como algo con vida independiente de la misma. Por esta razón, una buena política para combatirlo, y fundamentalmente para prevenirlo, es conocer sus causas, las cuales son, esencialmente, de carácter social, aún cuando también intervienen en su producción los factores individuales;

c) Los positivistas negaron el libre albedrío, proclamando el determinismo. El hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho delictuoso ejecutado, aun cuando los últimos deberán ser destinados a sitios especialmente adecuados para su tratamiento como enfermos.

Enrique FERRI pretendió demostrar lo infundado de la teoría del libre albedrío en su libro “La Teoría de la Inimputabilidad y la Negación del Libre Albedrío”, publicado en 1878, basándose en la observación de hechos de los cuales estima sacar conclusiones definitivas, afirmando la posibilidad de comisión de delitos cuando se conjugan en un medio social determinados factores individuales y físicos propicios y adecuados.

Eduardo NOVOA se expresa, al explicar la ideología de FERRI, en los siguientes términos: “La etiología de los delitos ha de hallarse principalmente en los factores que lo determinan (condiciones económicas, políticas, culturales, etc.), sin desconocer con ello el valor de los factores individuales o antropológicos y de los factores físicos (clima,

Temperatura, etc.), la responsabilidad social y no la responsabilidad moral es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo) en virtud de los diversos factores ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia. Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de la imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social). Dentro de ese criterio, no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del Derecho penal. A los que delinquen, tanto normales como locos, habrá de aplicarse la segregación... FERRI comparte el criterio de LOMBROSO de que el delincuente es un ser anormal, pero desarrolla el principio, aumentando las categorías. Por ello clasifica los delincuentes en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales".[69]

d) La pena para los positivistas no es una tutela jurídica sino un medio de defensa social cuya medida, como lo había ya precisado GARÓFALO, la constituye la peligrosidad del delincuente. Enrique FERRI, apoyándose precisamente en la doctrina expuesta por GARÓFALO, escribe I Nuovi Orizzonti del Diritto penale, en el que, afiliándose al criterio de la prevención especial de la pena, señala la peligrosidad del delincuente como base y medida de ella.

10. OTRAS ESCUELAS

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

La Escuela de la Política Criminal nace en Alemania con Franz VON LISZT y pretende una reestructuración dentro del seno de las disciplinas criminalísticas; señala el real contenido de la Ciencia del Derecho penal, cuyo campo no debe ser invadido por otras ciencias de naturaleza causal explicativa, cuyo papel debe quedar reducido al de simples auxiliares, tales como la Criminología y la Penología. La escuela de VON LISZT señala, como método de la Ciencia del Derecho Penal, el

[69] Ob. Cit., p. 87.

Lógico abstracto; reconoce que la responsabilidad penal encuentra su necesaria justificación en la imputabilidad del sujeto, entendiendo por tal la capacidad de éste para comportarse socialmente; el delito es, por una parte, una creación de la ley, mientras por otra resulta ser un fenómeno social cuya etiología puede ser determinada por estudios realizados por otras ciencias; las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el delito.[70]

Con MANZINI se desarrolla, en Italia, una corriente designada Escuela Técnico-jurídica, caracterizándose por su aversión a la filosofía, al estimar que la función del Derecho penal no va más allá de hacer la exégesis del Derecho positivo. NOVOA la estima una reacción a la crisis que en Italia produjo el positivismo, con su afán de subordinar la ciencia del Derecho punitivo a las investigaciones criminológicas. Esa es la razón, en el pensar del penalista chileno, de que la Escuela Técnico-jurídica se rebele tanto contra la metafísica como contra "las infiltraciones criminológicas", queriendo limitar, al análisis del Derecho positivo, su objeto de investigación, pues toda labor técnico jurídica "sea de exégesis, de dogmática o de crítica, no puede salir de los límites del Derecho vigente".[71]

---

[70] Grande fue el prestigio de VON LISZT en Alemania, a grado tal que se le considera el fundador de la escuela moderna del derecho penal, tal vez por ser el "puente de transición" ente las antiguas ideas y las nuevas tendencias, posición intelectual que lo llevó a la creación de una corriente que se dio en llamar Escuela Jurídico-Penal Sociológica. La idea de la pena retributiva se sustituye por la de pena fin (Zweckstrafe), combatiendo la añeja postura de BIRKMEYER, para quien la relación delito y pena se justifica como retribución basada en la responsabilidad moral y en el libre albedrío, principios propugnados por la escuela clásica ya entonces en entredicho. Para el creador de la escuela sociológica no hay pena sin culpabilidad si ésta es exigida por la ley, en cuyo caso aquélla debe ser proporcionada al crimen; la defensa de la pena-fin se apoya en la defensa social. En opinión de MAURACH, la concepción y el destino del movimiento de reforma están inseparablemente ligados a VON LISZT, a quien califica del mayor político-criminólogo alemán; su significación radica, a su juicio. "en haber sido el primero que ha explicado el delito y la pena como manifestaciones de la realidad, como fenómenos de la vida social y del destino del hombre individual, y de haber permitido, en consecuencia, la construcción de un puente entre derecho penal y criminología, hasta entonces enfrentados. Su concepción político criminal puede ser caracterizada por la tentativa de superar, no por combinación sino genésicamente, las teorías penales absolutas y las relativas; naturalmente, con el resultado de que la retribución pertenece a la historia, y la prevención al presente. El 'origen absoluto' de la pena resulta, también para LISZT, indiscutido. Los efectos de prevención general se hacen patentes por si mismos, y tanto más en cuanto fue precisamente LISZT quien resaltó con especial agudeza la doble función de la amenaza penal. Además, el carácter de mal, inmanente a la pena, puede ser valorado por su directa referencia a un fin: la pena retributiva se transforma en pena, determinada totalmente por la prevención ajustada a un fin". REINHART MAURACH, Tratado de Derecho Penal, I, p. 74, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan CÓRDOBA RODA.

[71] NOVOA, ob. Cit., p. 92.

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

BECCARIA, César: Del Delito y de la Pena, Editorial Sopena, Barcelona. Trad. M. DOPPELHEIM; CASTELLANOS TENA, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976; CUELLO CALÓN, Eugenio: Derecho Penal. Parte General, 12ª edición; FERRI, Enrique: Principios de Derecho Criminal, 1ª edición, Editorial Reus, Madrid. 1933. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ; FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, Buenos Aires, 1957; LISZT. Franz Von: Tratado de Derecho Penal, Editorial Reus, Madrid, 1926. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA; MANZINI, Vincenzo: Tratado de Derecho Penal, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948; MAURACH, Reinhart: Tratado de Derecho Penal, I, Barcelona, 1962. Trad. CÓRDOBA RODA; NOVOA, Eduardo: Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1960; PUIG PEÑA, Federico: Derecho Penal, I, Madrid, 1955; VILLALOBOS, Ignacio: La Crisis del Derecho Penal en México, Editorial Jus, México, 1948.

Mayormente en una y otra tendencia y más de una vez, obvia la dificultad de distinguir la voluntad final sobre los hechos que contiene el tipo, de la voluntad final de concretar el tipo en su totalidad. En otras palabras –expresa el autor argentino–, reconocer la acción como quehacer voluntario final, no nos obliga a tratar en su teoría el objetivo (el para qué) de esa finalidad. Podemos, por tanto, conformarnos con el concepto de acción como manifestación de la voluntad, pero proyectada, es decir, lanzada hacia el futuro, hacia adelante" (Derecho Penal, Parte General, pp. 157-158, Editorial Astrea, Tercera Edición, Buenos Aires, 1992).

Tratando de encontrar un concepto de acción, JIMÉNEZ DE ASÚA, que prefiere denominarla acto, precisa que este término, sustitutivo del de acción, es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior.[107] Para BELING, la acción positiva comprende la fase externa (objetiva) y la interna (subjetiva), identificando a la primera con el movimiento corporal y a la segunda con la voluntariedad, más el no hacer u omisión; por tanto, la acción comprende tanto el movimiento corporal como el no hacer u omisión.[108] CUELLO CALÓN considera a la acción, en sentido amplio, como "la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado",[109] comprendiendo en su opinión tanto la conducta activa, hacer positivo o acción en sentido estricto como la conducta pasiva, negativa u omisión.[110] Igual criterio sustenta MAGGIORE al decir que "acción es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior".[111]

El término genérico, como elemento del hecho, es la conducta, comprensiva tanto de la acción como de la omisión, las cuales constituyen sus formas de expresión. Por tanto, nosotros estimamos la acción como el movimiento corporal realizado por el sujeto en forma voluntaria para la consecuencia de un fin, concepto en el que no se alude al resultado de dicha forma de conducta por no formar parte de la acción sino constituir su consecuencia y entrar a formar parte del hecho, estimado como elemento objetivo del delito. Este criterio es compartido por PORTE PEITI cuando expresa: "Consideramos que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntario, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico",[112] agregando más adelante, al enunciar los elementos de la acción, entre los que incluye el deber jurídico de abstenerse, que los mismos se desprenden del concepto de acción: actividad o

---

[107] La Ley y el Delito, p. 227, Editorial Hermes, 2ª edición, 1954.
[108] Esquema de Derecho Penal, pp. 19-20, Depalma, Buenos Aires, 1944
[109] Derecho Penal, I, p. 319, 12ª edición, Barcelona, 1956.
[110] Loc. Cit.
[111] Derecho Penal, I, p. 309, Editorial Témis, Bogotá, 5ª edición, 1954.
[112] Apuntamientos, I, p. 300. Octava Edición, Ed. Porrúa, 1983.

Movimiento corporal voluntario. "En otros términos –concluye–, la acción consiste en una actividad o un hacer voluntarios".[113]

Con referencia a la acción en sentido estricto, CUELLO CALÓN afirma que consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigido a la obtención de un fin determinado,[114] recalcando que está constituida por actos voluntarios, quedando fuera de su concepto los actos reflejos y la fuerza física irresistible.

Para CAVALLO no debe estimarse a la acción como sinónima del hecho, pues ello equivaldría a hacer comprender en ella tanto el momento volitivo como el afectivo, incluyendo también el resultado, confundiendo una parte con el todo. Sobre este particular, asienta CAVALLO, algunos autores tienen de la acción un concepto puramente naturalístico, comprendiendo en ella la actividad física, entendida como conducta, separando el resultado. Otros, por lo contrario, cuando se refieren a la acción comprenden en ella la actividad física, entendida como conducta, separando el resultado. Otros, por lo contrario, cuando se refieren a la acción comprenden en ella a la consecuencia del movimiento corporal, es decir, a la mutación del mundo exterior. Por último, el propio CAVALLO se refiere a la teoría finalística de la acción, para la cual ésta no constituye un ciego proceso causal por comprender el fin que el sujeto se propone mediante la actividad voluntaria. "El motivo de la acción –expresa CAVALLO–, es el resorte que la hace surgir", mientras "el fin es la meta que el agente, en el acto de la decisión elige porque lo considera, entre otros, el más digno de ser realizado".[115] Al dar una definición sobre la acción, CAVALLO dice que es una "actividad humana que se expresa en el mundo exterior por uno o más actos para alcanzar un fin, en las formas previstas por la ley".[116]

En resumen, con relación concreta a la acción, en sentido estricto, los autores estiman como tal a la actividad voluntaria realizada por el sujeto, haciendo referencia tanto al elemento físico de la conducta como al psíquico de la misma (voluntad). Resulta casi unánime, la opinión de que la acción consta de tres elementos: a) Manifestación de voluntad, b) Resultado y c) Relación de causalidad. No obstante, nosotros no la identificamos con el concepto de hecho, habiendo aclarado, en su oportunidad, que por éste debemos entender no solamente la conducta, expresada a través de acción o de omisión, con su elemento psíquico consistente en la voluntad, sino además al resultado y al nexo de causalidad, siendo por tanto los elementos de la acción los siguientes: a) Una actividad o movimiento corporal, y b) La voluntad o el querer realizar dicha actividad orientada a un fin; a su vez, este segundo elemento se

---

[113] Ob. Cit., I, p. 302.
[114] Ob. Cit., p. 319.
[115] Diritto Penale. V. II. pp. 144 y 145, Napoli, 1955.
[116] Ob. Cit., II, p. 148.

integra a comúnmente mediante las siguientes fases: 1. La concepción; 2. La deliberación; 3. La decisión y 4. La ejecución. La primera

supone el nacimiento de la idea de actuar mediante el fenómeno de la representación; la deliberación constituye, al decir de CAVALLO, "el debate que se desarrolla en la conciencia del agente";[117] la decisión en el término de dicho debate con la determinación de actuar y, por último, la ejecución es la voluntad que acompaña la actividad misma, dándole a ésta su contenido psíquico. En síntesis, como lo han expresado anteriormente algunos autores, aun cuando se limite la noción de acción al movimiento corporal y a la voluntad que lo acompaña, ello no significa que se prescinda de la finalidad que esta voluntad contiene.

Como ya anteriormente nos referimos a la voluntad, sólo resta subrayar que, con referencia a la acción, ésta se integra con el movimiento corporal voluntario siempre con relación o referencia a la descripción contenida en el tipo legal.

Ahora bien, el sujeto, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer; por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva. El examen del fundamento de este deber de abstenerse no corresponde al ámbito del hecho, por caer el problema dentro de los linderos de la antijuricidad, no obstante lo cual creemos conveniente hacer brevísima referencia al mismo. Como los deberes de abstención únicamente pueden estar consignados en normas jurídicas, para poder estimar su violación contraria al Derecho, por prohibirse el actuar en consecuencia a la abstención ordenada en la norma, cuando se realiza una conducta positiva, de acuerdo con la descripción hecha por el tipo, se viola siempre la norma prohibitiva que es, necesariamente de naturaleza penal.

2. LA OMISIÓN. CONCEPTO. ELEMENTOS

Frente a la acción como conducta positiva (implica motividad del cuerpo traducida en una actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, forma de conducta negativa, o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal.[118]

---

[117] Ibídem, p. 146.

[118] En términos generales, la doctrina pretende encontrar la razón fundamentadora de la omisión en el deber de impedir determinado resultado, reconociéndosele esencia normativa,

La omisión puede presentar dos formas: a) La omisión simple o propia, originante de los delitos de simple omisión, y b) La omisión impropia, que da nacimiento a los delitos de comisión por omisión. Ambas formas presentan ciertas similitudes pero a la vez diferencias esenciales, como se apreciará más adelante.

En general, los autores al dar un concepto de la omisión aluden a sus elementos integrantes: inactividad y voluntariedad. Así, CUELLO CALÓN expresa: "La omisión es la conducta negativa. Mas no toda inactividad es omisión, ésta es inactividad voluntaria. Puede, por tanto, definirse la omisión como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejercitar un hecho determinado"[119] CAVALLO nos ilustra diciendo: "omisión puede definirse como la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar, que se expresa en una conducta que realiza una situación distinta de la querida

---

dado que la omisión vulnera intereses cuya custodia compete al sujeto agente, siendo el tipo el que otorga trascendencia a la inactividad o al no hacer en que consiste la omisión. Para WELZEL, tanto la acción como la omisión que constituyen las formas de manifestación de la conducta del hombre, tiene como particular característica la de ser "dominables" por la voluntad de la actividad "final" del agente, siendo el dominio "potencial" del hecho lo que transforma la inactividad del sujeto en una omisión trascendente para el derecho. Como es sabido, WELZEL se refiere a la conducta como un superconcepto al comprender en ella tanto a la actividad corporal como a la pasividad, las cuales se encuentran sometidas a la capacidad de control final de la voluntad. Para salvar el escollo representado por los delitos imprudenciales o de culpa, en los que no aparece claro el dominio potencial del acontecimiento por la voluntad del agente, WELZEL acude al criterio de considerar a la acción dolosa como una verdadera y efectiva actividad final, en tanto en la acción imprudente sólo se da una posible actividad final.

En la actualidad y como se ha destacado en la doctrina, el concepto final de la acción no tiene la importancia que cobró en el pasado por varias razones, pero lo que a nosotros interesa es precisar que la afirmación de WELZEL, en el sentido de que tanto la actividad como la pasividad que desarrolla el ser humano al expresar su conducta, se encuentran sometidas a la "capacidad de control final por la voluntad" no puede sostenerse de manera absoluta, pues como lo expresa ROXIN "la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma y por tanto comisión y omisión siguen estando separadas", resultando calro que la finalidad, tratándose de la acción dolosa (y ello ocurre en la omisión dolosa, como parte de la acción en lato sentido) tiene la importancia que se le ha reconocido (aunque en nuestra opinión no en todas sus consecuencias), lo cual no ocurre en la omisión culposa. Ya no se discute hoy, dice ROXIN, que el concepto final de acción no es adecuado como elemento base del sistema jurídico penal, por no acomodarse a los delitos de omisión, "pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final. Con ello la teoría final de la acción vuelve a estar en la biparticipación del sistema, que ya RADBRUCH desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable (...). Otro finalista, STRATENWERTH rechaza también el concepto final de acción como elemento base (...). Y finalmente, el discípulo de WELZEL, Armin KAUFMANN, le niega incluso a un concepto de acción previo al tipo toda función como elemento básico, de enlace y de límite". Derecho Penal. Parte General, Vol. I, pp. 239 a 242, Editorial Civitas, Madrid, 1997. Trad. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Diego Manuel LUZÓN PEÑA y J. de Vicente REMESAL.

[119] Ob. Cit., I, p. 321.

por la norma".[120] Al decir de MAGGIORE, para el Derecho es omisión "toda inercia de la voluntad, consistente en alguna abstención, dolosa o culposa, de la acción material, contraria a la obligación de obrar y que produce alguna mutación en el mundo exterior".[121] Para JIMÉNEZ HUERTA es una inacción corporal, "un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad" que es, como la acción, forma integrante de la conducta, pues la inactividad es un comportamiento frente al mundo externo.[122] En

[120] Ob. Cit., II, p. 155.
[121] Ob. Cit., I, p. 355
[122] Panorama del Delito, Nullum crimen sine conducta, p. 23, México, 1950.

2.-IDENTIFICACION DE LA VALIDEZ ESOECIAL DE LA LEY PENAL CON EL LLAMADO CONFLITO DE LAS LEYE EN LE ESPACIO

PORTE PETIT, al iniciar el estudio de este capitulo, expresa que a la validez especial se le conoce generalmente como *conflicto de las leyes* en el espacio, pero que tal denominación no puede ser acertada, pues tratándose de Estados soberanos no es posible hablar de conflicto de leyes y la cuestiona si planteada es ya de suyo antigua dentro del Derecho privado, a pesar de lo cual y de lo equivoco de la expresión, se sigue usando en nuestra disciplina.[123]

Al identificar los términos: *validez especial de la ley penal y conflicto de leyes en el espacio*, se esta reconociendo el hecho innegable, ya señalado por MEZGER, de que "los preceptos jurídicos que regulan la validez espacial, temporal y personal del Derecho Penal no *son Derecho Penal sino Derecho de aplicación del Derecho Penal"*,[124] cuestión íntimamente conectada tanto con el Derecho internacional privado como con Derecho Internacional publico. Tal ha sido la razón por la cual un problema de estricto Derecho nacional, cuyas soluciones se ubican en el Derecho publico interno haya sido colocado como formato parte de un supuesto Derecho penal internacional que, como observa CASTELLANOS TENA, no tiene de internacional sin o el nombre.[125]

Con toda claridad JIMENEZ DE ASUA hace notar la incongruencia de denominar "Derecho Penal Internacional" a un conjunto de normas jurídicas del Derecho interno que trata de resolver el problema de la aplicación de la ley penal en el espacio en forma unilateral, e invocando a FRANZ VON LISZT observa que el verdadero derecho penal internacional se integra mediante el conjunto de tratos por los cuales los Estados signatarios se obligan a dictar leyes tendientes a proteger determinados bienes jurídicos de interés común.[126]

---

[123] Apuntes de la Parte del Derecho Penal. P. 63, México, 1960
[124] Tratado de Derecho Penal, I, p. 95, Madrid, 1955.
[125] Lineamientos Elementales de Derecho Penal. P. 96.Ed. Porrua. 1976.
[126] La ley y el delito, 176, Editorial Hermes, 2ª edición, Buenos Aires, 1954

3.-LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

De los principios elaborados por la doctrina, el de mayor importancia es el llamado de la *territorialidad* de la ley. Este principio, fundado en el criterio de la soberanía, pretende que la ley penal *tiene validez exclusivamente en el territorio del Estado que la dicta* y se enuncia expresando que *la ley debe aplicarse* sin excepción alguna *dentro del territorio*, sin atender a la necesidad de quienes participan en la relación criminal, cualquiera que sea su nacionalidad.

Ricardo C. NUÑEZ hace hincapié en que siendo la ley penal una expresión de la soberanía del Estado tiene obligatoriedad para todos los residentes, nacionales o extranjeros, en su territorio, en razón de los delitos cometidos en su interior, siendo tal el fundamento de la territorialidad, como principio esencial. [12]Esta opinión es unánime no solo en la doctrina sino en el Derecho positivo.

En virtud de que el principio de la territorialidad, aceptando en forma riguroso lleva, indudablemente, a extremos perjudiciales, ha sido motivo de crítica. PUIG PEÑA[13] hace notar que su aplicación estricta provocaría el aislamiento de los Estados y constituiría la negación a una defensa adecuada de los bienes jurídicos tutelados, a

---

[12] Derecho Penal Argentino, I, p. 182, Editorial Bibliogràfíca Argentina, Buenos Aires, 1959.Para JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONEGA, la ley penal del Estado se aplica a todos los delitos cometidos en su territorio, con independencia de la nacionalidad del delincuente y del titular del bien jurídico, principio del cual se deduce que en cada Estado debe castigarse los delitos cometidos en su territorio contra bienes jurídicos dentro, debiendo concedérsela extradición del propio país ciudadano por delitos cometidos en el extranjero, por no ser licito castigarle en su país. Derecho Penal conforme al Código de 1929,I, pp.82-83, Editorial Reus, Madrid, 1929.

"El sistema territorial- dicen los autores citados antes, ofrece

ventajas notables sobre los demás. La función penal es una emancipación de la soberanía del Estado y el concepto de este es fundamental la noción del territorio. Un delito es siempre un ataque a las condiciones de la existencia de la sociedad y, aunque en un sentido mas o menos remoto, sus consecuencias pasan sus fronteras, claro esta que resulta lesionada mas íntimamente la sociedad nacional, y es en ella donde por la ley natural debe producirse la reacción. Por otra parte, no beben olvidarse otras razones prácticas como es la facilidad para recoger la prueba del delito y perseguirlo. Pero tampoco debe dominar el principio territorial de un modo absoluto, pues un Estado no puede desinteresarse por completo de lo que ocurre fuera de su territorio, porque entonces no presentaría defensa adecuada a los bienes jurídicos que esta llamado a tutelar". Ob. Cit., p. 84.

[13] Derecho Penal `, I, p. 187, Madrid, 1955

través de las normas penales, propiciando la impunidad del delito pues bastaría, como observa JIMENEZ DE ASUA, salvar las fronteras del territorio del país donde se delinquió para que, en forma automática, la sanción resultara imposible de aplicar[14], a pesar de lo cual, aun a la fecha, tanto los juristas ingleses como americanos siguen defendiendo la aplicación estricta de tal principio.[15]

La *territorialidad*, imperante como norma genérica en las legislaciones penales, queda excepcionalmente relegada cuando la ley penal se aplica en forma extraterritorial. Por lo tanto, la *extraterritorialidad* de la constituye una excepción al principio aludido y pretende subsanar los excesos a que llevaría su aplicación estricta.

Dentro del criterio extraterritorial de la ley se han elaborado otros principios. Ellos son : el *personal* o de la *nacionalidad*; el *real o* de la *protección* y el *universal* o de la *justicia universal* .

El *principio personal*, o de la personalidad o de la nacionalidad, cuyo funcionamiento es excepcional, parte de la base de estimar la aplicación del Derecho penal nacional aquellos *delitos cometidos en territorio extranjero cuando el delincuente es un nacional.* Este principio atiende, pues, a la *nacionalidad del delincuente*; pues decirse, en consecuencia, que la soberanía del Estado sigue a su nacional hasta el lugar del hecho delictivo. A este principio se le conoce también como *estatuto personal* y consiste, según POTER PETIT, "en aplicar la ley del Estado con relación a los delitos cometidos por sus nacionales fuera del territorio, es decir, la ley del Estado sigue al sujeto activo del

[14]Tratado de Derecho Penal, II, p. 652, Buenos Aires, 1950.

[15] "En la sesión del Instituto de Derecho Internacional, habida en Cambridge en 1931, se sostuvo una tesis por James BROWN SCOTT, secretario general de la Fundación Carnigie; por Edwin BORCHARD, profesor de la Universidad de Yale, por F. WILLIAMS Y por BRIERLI. En la práctica, la jurisprudencia angloamericana ha encontrado remedios para las consecuencias que podrían tener la teoría estricta. En primer termino, la legislación inglesa ha admitido excepciona para asegurar la libertad de la navegación. Pero los ingleses y norteamericanos, han recurrido, sobre todo, a lo que se llamado la teoría de la jurisdicción territorial adjetiva. Basándose en donde se realiza la intención criminal y no donde se forma, esta teoría alcanza al inculpado tanto en el país donde materialmente ejecuto el acto, como en el sitio en que es aprehendido.

Esta es una ficción –una extrema ficción- con al que ciertos tribunales norteamericanos han condenado al ladrón ahí donde se le ha hallado con una parte del botín: cada vez que se desplaza con el objeto rodeado-dicen- manifiesta de nuevo su intención de apropiarse del bien sustraído. Llevado a estos extremos el concepto del lugar del delito, la teoría inglesa ha reivindicado, contra la justicia de Francia, la competencia exclusiva del Tribunal de la India, para juzgar a un hombre en las Indias en el celebre asunto Sarvarkar". Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado, I, pp. 652-653

delito; por tanto, es opuesto, irreconciliable con el principio de la territorialidad".[16]

Algunos autores distinguen, dentro de este principio dos aspectos diversos: la personalidad activa cuya aspiración es la aplicación extraterritorial de la ley nacional a delitos cometidos en el extranjero, cuando el sujeto activo es un nacional, cualquiera que sea el bien jurídico lesionado, y la personalidad pasiva, que pretende igualmente la aplicación de la ley nacional a delitos cometidos en territorio extranjero, cuando el sujeto pasivo sea un nacional o bien se lesione un interés jurídico del Estado, posición con la cual no nos mostramos de acuerdo.

La Escuela Positiva, a través de FEDOZZI ha sosteniendo el criterio de la *personalidad* de las leyes penales, argumentando que es la ley del país del delincuente la aplicable, pues siendo el delito el producto de la concurrencia de factores antropológicos, físicos y sociales, no puede considerarse le en forma aislada, sino tomando en cuenta a su autor. De ahí que sea el juez del país, cuya nacionalidad ostete el delincuente, el mas capacitado para conocer del hecho y aplicar su ley nacional. "Para lograrlo –expresa JIMENEZ DE ASUA-, la extradición debería adaptarse, no solo para los que delincan en su patria y se refugien en el extranjero, sino también para los nacionales que en cualquier lugar realicen acciones punibles conforme a al ley del Estado a que pertenecen.

Sin embargo, la extradición debería aplicarse teniendo en cuanta la distinción fundamental entre delincuentes natos y delincuentes ocasionales: los primeros deberían ser reclamados; los segundos no, ya que el alejamiento del ambiente que ocasionó el delito seria bastante san-

ciòn. Este sistema, propuesto por el internacionalistas FEDOZZI, y luego defendido por BALDOSSARI no fue bien recibido por los penalistas del positivismo: FLORIAN Y FERRI han propugnado, con mas o menos paliativos, el régimen de la justicia universal".[17]

El *principio real* o de la protección, al igual de los anteriores, encuentra su raíz en la pretensión de soberanía del Estado dictador de la ley penal; afirma que esta *es aplicable a todos aquellos casos de delitos cometidos en le territorio extranjero cuando el bien jurídico que se lesiona pertenece a un nacional o bien al propio Estado.* Según CASTELLANOS TENA, este principio atiende a los intereses jurídicamente

[16] Ob. cit., p. 68

[17] *Tratado,* 11, p. 654-655.

protegidos y por ello la ley aplicable será la adecuada para la protección.[18] VON LISZT, por su parte, estima que tal principio se dirige a la sanción de los delitos cometidos en territorio extranjero cuando con ellos *se lesionan los intereses de la nación o bien de sus nacionales*.[19] En fin, JIMENEZ DE ASUA explica: "El sistema real, cuya tradición es antigua y que seria mejor denomina de protección, exige que se aplique la ley del Estado a todas las infracciones que amenacen su seguridad interior o exterior, hasta cuando han sido preparadas y consumadas fueran de su territorio e incluso han sido cometidas por un extranjero".[20]

Partiendo de la premisa de que el delito no debe quedar impune, sea cual fuere el lugar donde se cometa, el principio llamado de la *justicia mundial o universal* pretende que la ley penal a aplicarse *es aquella del lugar en que el delincuente se encuentre*; ello significa que *la ley penal aplicable podrá ser la de cualquier Estad*o
. Conforme a este principio "todas las naciones tendrían derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, cometidos en territorio propio o ajeno".[21]

4.- ¿CUALES SON LOS PRINCIPIOS ACEPTADOS POR EL DERECHO POSITIVO MEXICANO?

---

[18] *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, p. 96-976. Editorial Porrua.10ª edición, 1976.

[19] *Tratado de Derecho Penal , I*, p,106. 2ª Edición , Madrid , 1927. Trad. LUIS JIMÉNEZ DE ASUA.
En opinión de REDRIGÚEZ MOURULLO, el principio real o de la pretensión " decide la naturaleza del bien jurídicamente protegido, dado que el estado requiere la protección de sus intereses , materia de tutela por la ley nacional, en cualquier lugar en el que se les ofenda. " Por eso la operatividad de este principio -afirma- suele reservarse para aquellos delitos que de alguna manera afectan a la subsistencia, organización o interés vitales del propio Estado". Tales como su seguridad exterior o la falsificación de su moneda nacional . *Derecho Penal. Parte General,* p. 165. Ed. Civistas, Madrid, Primera reimpresión, 1978.

[20] *La ley m y el delito* , p.178.

[21] CASTELLANOS TENA, Ob. cit., p. 97. El fundamento de este principio de "Justicia universal", se pretende encontrar en ese interés de la comunidad internacional en perseguí y castigar hechos delictivos que seleccionan a una pluralidad de Estado, tales como la trata de personas, genocidio , etc, , lo que apoya a la idea de que deben de ser juzgados por la ley nacional. " Mientras los principios de territorialidad , personal y de protección obedecen, en ultima instancia, a un pensamiento nacionalista, el de justicia mundial aparece como idea decideratum, presagio de un ordenamiento comunitario internacional verdaderamente solidario. El principio del foro cosmopolita responde a una pureza integral de la extraterritorialidad verdaderamente solidario. El principio del foro cosmopolita responde a una pureza integral de la extraterritorialidad, según la máxima del index deprehensionis. El ius puniendo se desliga de su adscripción a la soberanía nacional y se convierte en una mision de cooperación internacional, al servicio del interés predominante humano y no meramente nacionales ".GONZALO RODRIGUEZ MOURILLO, Ob. cit., p.166.

El articulo 7 del código Penal vigente en el Distrito Federal consagra el principio de la *territorialidad* de la ley al declarar que "*se aplicara en el Distrito Federal por los delitos del fueron común que se cometan en su territorio*", principio que adopta igualmente el Código Penal Federal, así denominado por Decreto publicado el 18 de mayo de 1999 en el *Diario Oficial de la Federación*, en cuyo articulo 1 se precisa que dicho código *" se aplicara en toda la republica para los delitos de orden federal"*.

Por cuando al artículo 2 del Código citado en segundo termino, la fracción primera se refiere a aquellos casos de delitos *iniciados, preparados o cometidos en el extranjero cuando produzcan o se pretendan que tengan efectos en el territorio de la Republica*. Esta primera fracción prevé dos hipótesis bien diferentes: la primera, cuando se trata de delitos *que producen sus efecto*s en el territorio nacional; aquí evidentemente, se consagra el principio de la *territorialidad de la ley*, atendiéndose a que la lesión se produce, a través de los efectos, en el territorio de la Republica; la segunda situación prevista se refiere a los casos de delitos que se inician, preparan o cometen en el extranjero, *pero cuyos efectos se pretende tengan lugar en el territorio* de la Republica; esta ultima situación recoge tanto el *principio real o de la protección* como *el personal o de la nacionalidad*, según se trate de afectar el interés jurídico de un nacional o de la nación mexicana o bien cuando el sujeto activo del delito lo sea un nacional. La fracción segunda del mencionado artículo se refiere a los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal; en la primera situación, el precepto consagra el principio de la *territorialidad:* cuando el delito se comete contra el personal de los consulados mexicanos opera *el principio real o de la protección*. La pretensión de validez espacial de la ley penal mexicana queda subordinada a la condición de que *los delitos no hayan sido juzgado* en el pais en que se cometieron, siempre que *el autor se encuentre en territorio de la Republica*.

El articulo 3 prevé la situación de los *delitos continuos* cometidos en el extranjero que sigan cometiendo en la Republica, y al declarare la aplicación de la ley penal mexicana esta recogiendo el principio de la t*erritorialidad*, pues el delito se comete en territorio nacional.

Con referencia al articulo 4, debemos considerar que regula varias situaciones: cuando el delito en cometido en territorio extranjero por un *mexicano contra mexicano*, funcionan simultáneamente los principios *real y personal*; cuando el delito lo comete *un mexicano contra un extranjero*, estamos en presencia de la operancia *del principio personal*, pero cuando el delito lo comete *el extranjero*

contra el nacional funciona el principio *real o de la protección*. El mismo precepto con-

diciona la aplicación de la ley mexicana a las circunstancias siguientes: I . Que el acusado *se encuentre en la Republica*; II. Que el *reo no haya sido definitivamente juzgado* en el país en que delinquió, y, III. Que la i*nfracción* de que se le acusa tenga el *carácter de delito en el país en que se ejecuto y en la Republica*

La redacción del articulo 5 nos demuestra la consagración del principio de la t*erritorialidad* con relación con los delitos cometidos por mexicanos o extranjeros *en alta mar a bordo de buques nacionales*; los ejecutados a bordo de un *buque de guerra nacional* surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación; igual solución privada cuando el delito se cometa en un buque mercante, siempre y cuando el delincuente no haya sido juzgado en la nación a que puerto pertenece: posdelitos cometidos a bordo de un buque extranjero, surto un puerto nacional o en aguas territoriales de la Republica, *si se turbase la tranquilidad publica o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación* (en caso contrario se obrara de acuerdo con el derecho de reciprocidad); los delitos cometidos a bordo de *aeronaves nacionales o extranjeras* que se encuentren en territorio o atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjerías, en los casos análogos a los señalados para buques por las fracciones anteriores y, por ultimo, los delitos cometidosen embajadas y legaciones mexicanas.[22] Resulta clara la identificación, en todos estos casos, del principio de la t*erritorialidad* de la ley si se atiende a que, tratándose de naves o aeronaves nacionales, bien en alta mar o puertos extranjeros, bien en tierra, en aire o sobre aguas territoriales estas se encuentran bajo la protección de la bandera mexicana y por ficción de la ley se consideran parte integrante del territorio de la nación de la nación. Igual situación guardan las naves extranjeras surtas en aguas nacionales, pero solo en los casos en que se turbe la tranquilidad publica o bien cuando el delincuente o el ofendido no pertenezca a la tripulación, aun cuando en la segunda hipótesis parece funcionar el principio real o de la protección.

[22] El anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, elaborado por la Procuraría General de la Republica en 1958, suprime la fracción V del articulo 5 del Código vigente, superando la vieja idea de que la porción del suelo en que se ubican las embajadas y legaciones debe considerarse territorio nacional..

5.-CONCEPTO DE TERRITORIO

CASTELLANOS TENA, al referirse al t*erritorio*, expresa que aun cuando etimológicamente la citada palabra significa lo relativo a la tierra, tratándose del Estado debe entenderse en sentido *lato,* pues el territorio no solo esta formado por el *suelo,* sino también por el s*ubsuelo*, la *atmósfera,* una *faja* a *lo largo de las costas y la plataforma continental*;

or ello estima que territorio del Estado *es todo el espacio sobre el cual este ejerce su poder*. [23] PORTE PETIT considera que el territorio del Estado abarca: *a)* El *espacio terrestre*, que a su vez comprende: *el suelo y el subsuelo; b) El mar territorial*, integrado por la *superficie del mar*, el *fondo del* mismo y el *subsuelo marítimo; c)* El *aire territorial o espacio aéreo*, y d) Las cosas o *territorio ficticio*, en el que se incluyen las naves (territorio flotante) y las aeronaves (territorio volante).[24]

El *territorio o espacio terrestre* propiamente tal de la nación, se encuentra determinado por el articulo 42 de la Constitución Generadle la Republica, mientras que el articulo 43, 44, 45, 47 y 48 precisan cuales son las partes integrantes de la federación; el territorio integrante de ellas; el régimen al que debe someterse los Estados en cuestiones de limites y la jurisdicción a la cual quedan sometidas las islas de ambos mares pertenecientes al territorio nacional. El primer dispositivo señala que el territorio de la Republica comprende las partes integrantes de la Federación y, además de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos de los mares adyacentes, el de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacifico, asi

---

[23] Ob. Cit., p. 97.

[24] Ob. Cit., p.65. Para REYES ECHANDIA, por territorio de entiende el *espacio dentro del cual el Estado ejerce su soberanía* y el mismo comprende: a) el *ámbito superficial* que abarca la superficie territorial (continente, islas, archipiélagos) y el territorio ficticio (fictio iuris) que se refiere a las *naves marítimas y aéreas*, sean mercantes o de guerra; b) el *espacio marítimo*, y c) *el espacio aéreo Derecho Penal. Parte General*, p.69, Editorial Temis, Undécima edición, segunda reimpresión, Botan, 1990. Coincide con el concepto del territorio, RODRIGUEZ MOURILLO al firmar que por tal se entiende "no solo la propia tierra (continente e islas), sino también otros lugares o espacios donde la soberanía del Estado ejerce su autoridad y jurisdicción", de manera que forma parte del territorio el mar territorial, el espacio aéreo y los buques y aeronaves con banderas y pabellón nacional, Ob., cit.,p. 144.

como la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos, y arrecifes.

Respecto al *subsuelo,* parte del territorio, se encuentra sujeto al régimen de dominio directo de la nación según lo declara el articulo 27 Constitucional, en su párrafo cuarto, que textualmente dice: " Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en ventas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales o meló idees utilizados en en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrogeno sólido, líquidos y gaseosos, y

el espacio situado sobre el territorio nacional en la extensión y términos que fije el derecho internacional"

El *territorio marítimo* o "mar territorial", forma parte del territorio nacional, según lo declara el articulo 42 en su fracción VI y en párrafo quinto de la misma Constitución, al expresar que son propiedad de la Nación de las aguas marinas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marítimas interiores; las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o internacionalmente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, etc. El propio articulo en su párrafo octavó señala: "La Nación ejerce en una zona económica exclusivas situadas fuera del mar territorial y adyacente a este, los derechos de la soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a 200 millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas

de otros Estados, la relimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesaria, mediante acuerdo con estos Estados", complementando las disposiciones constitucionales invocadas, los artículos 1º,2º, fracciones II, IV, IX y demás relativos de la Ley General de Bienes Nacionales de 22 de diciembre de 1981, prolongada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1982, pues el primero de tales preceptos declara que componen el patrimonio nacional, tanto los bienes de d*ominio publico*, entre otros, los precisados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo, y 42, fracción IV, de la Constitución General de la Republica, etc. El articulo 18, fracción II, de la Ley General de Bienes Nacionales , que se publico en el *Diario Oficial* de la federación de 30 de enero de 1969, expresamente señala, como hiende *uso común el mar territorial* que comprende las aguas marginales hasta una distancia de 12 millas (22,224 metros), de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados unidos Mexicanos, las leyes que de ella emanen y el derecho internacional, en la inteligencia de que salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, la anchura del mar territorial se medirá a partir de la línea de baja mar, a lo largo de la costas y de las islas que forman parte del territorio nacional.[25]

En cuanto al *espacio aéreo* territorial, constituye una materia en formación, en la cual la doctrina no muestra conclusiones homogéneas ni definidas. Son tres las teorías elaboradas al respecto: la de la libertad: *la soberanía* y la *mixta,* que sostienen criterios divergentes. La primera proclama la libertad del espacio aéreo, mientras que la segunda pretende considerar como parte integrante de su territorio a la capa atmosférica comprendida dentro de los límites de las fronteras territoriales. L a tercera teoría concilia las anteriores estableciendo en espacio aéreo soberano t otro libre. Sobre este particular, escribe Eduardo NOVOA que "para algunos todo el espacio aéreo debe ser libre como la alta mar; otros proponen una línea ideal., traza

[25] El párrafo segundo de la citada fracción II del articulo 18, decía textualmente lo siguiente:" En los lugares en que la costa del territorio nacional tenga profundas aberturas y escotaduras y en las que haya una franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata, podrá adoptarse como medida para trazar la línea de base desde la que ha de medirse el mar territorial el de las líneas de base rectas que unan los puntos más adentrados en el

horizontalmente a una altura determinada –las alturas propuestas varían desde los 500 hasta los 25,000 o mas metros- que separe un espacio inferior reversado a la soberanía del Estado subyacentes y otro superior que resultaría libre; los mas creen que el espacio aéreo, cualquiera que sea su altura, debe quedar sometido a la soberanía del Estado subyacente, si bien respetando el libre transito aéreo internacional.

La mayoría de los tratadistas, legislaciones y convenciones han apoyado esta última tesis, basándose en que así es necesario para la *razonable* seguridad del Estado correspondiente, que puede verse amagado desde lo alto sin limitación de altura… La reciente conquista por el hombre del espacio cósmico, altera profundamente los conceptos existentes hasta ahora en esta materia y habrá de dar origen a soluciones nuevas.

En todo caso, ha de advertirse que la ley chilena se refiere únicamente al espacio atmosférico' y este no alcanza a mas de 800,00 metros sobre el nivel del mar".[26]

6.- LA EXTRACION

Llamase extracción *al acto de cooperación internacional mediante el cual un Estado hace entrega a otro, previ8a petición o requerimiento de un*

---

mar.El trazado de esas líneas de base no se apartara de una sola manera apreciable de la dirección general de las costas y las zonas de mar situadas del lado de tierra de esas líneas, estarán suficientemente vinculadas al dominio terrestre para estar sometidas al régimen de las aguas interiores . Estas líneas podrán trazarse hacia las elevaciones que emergen en bajamar, cuando sobre ellas existan faros o instalaciones que permanezcan constantes sobre el nivel del mar , o cuando tales elevaciones estén total o parcialmente a una distancia de la costa firme o de una isla que no exudad de la anchura del mar territorial .Las instalaciones permanentes más adentradas en el mar, que formen parte integrante del sistema portuario, se concederán como parte de la costa para los efectos de la deliminación del mar territorial."

[26] Curso de Derecho Penal Chileno, p. 157, Editorial Jurídica de Chile , 1960. Nuestra Constitución no consagra normas especiales, delimitando el espacio aéreo , pues en este aspecto se remite a la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional. El artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos , en su fracción VI, prescribe lo siguientes. " El territorio nacional comprende :El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional"

delincuente que se encuentra en su territorio, para ser juzgado por el delito cometido, o bien para que compurgue la pena impuesta [27]

Esta institución surgió como una necesaria cooperación en el orden internacional para invitar la impunidad del delito, cobrando día mayor importancia en virtud de la rapidez de las vías de comunicación que facilita al delincuente el substraerse a la acción de la justicia del país en que delinquió.

Es regla casi común que en los Tratados de extradición se incluyan, entre otras, las siguientes condiciones para conceder la entrega de los delincuentes: 1º Que el hecho imputado *este expresamente previsto dentro del catalogo de delitos que pueden ser materia de la extradición; 2º Que tal hecho tenga el carácter del delito en los países que suscriben el Tratado; 3º Que se encontré viva la acción penal para perseguirlo*; y 4º Que la pena que corresponda al mismo *no sea menor de un año de prisión*. Normalmente se excluyen de los referidos Tratados de los *reos políticos,* aunque esta regla no tiene carácter general, y a los *súbditos nacionales*: como simple ejemplo puede citar el Acuerdo de Ginebra de 30 de septiembre de 1921.[28]

---

[27]La extradición: dice REYES ECHANDIA, es el acto en virtud del cual un Estado socialista, ofrece o decide la entrega de una persona a otro Estado Interesado para los efectos del juicio penal o la ejecución de una persona a otro Estado interesado para los efectos del juicio penal o la ejecución de una sentencia condenatoria contra ella proferida. Para LOZANO y LOZANO, a virtud de la extradición se pretende hacer posible "el juzgamiento de los delincuentes en el país de origen o en aquel donde cometieron el delito , cuando se han trasladado a otro tratado de burlar a la justicia ". En fin, para RODRIGUEZ MOURULLO la extradición consiste, de hecho, " en la entrega que un estado hace a otro en la entrega de un acusado o condenado que busco refugio en el territorio primero de ellos afín de que el segundo pueda juzgarlos o ejecutar la condena " (A. REYES ECHANDIA, Ob. cit.,p. 75; LOZANO y LOZANO , Elementos de Derecho Paenal , p. 347. Ed. Témis, Bogotá, 1979;RODRIGUEZ MOURRULLO, Ob. cit., p .167)

[28] RODRIGUEZ DEVES señala como principios que informan la extradición : a) relativos a los delitos:1º principio de legalidad, que consiste en no admitir otra causa de extradición que las expresamente señaladas en el derecho escrito (nulla traditio sine lage); 2º principio de identidad , el cual se satisface a virtud de la doble incriminación , esto es, que el hecho que motiva la extradición debe estar incrementando tanto en la legislación en el estado requirente como en la del requerido;3º principio de la especialidad que significa que el extraditado no podrá ser juzgado por ningún delito distinto del motivo de extradición; 4º principio de la no entrega por delitos políticos , el cual encuentra su funcionamientos en el derecho de asilo , 51 principio de la no entrega por delitos esencialmente militares , y 6º Mínima no cural praetor , principio bajo el cual se excluye la extradición relativa a a infracciones de mínima gravedad: b) relativos a ,los delincuentes: principio de no entrega del nacional. Ob. pp.232-338.

La extracción revertir las formas: activa y pasiva. La extradición es activa cuando se contempla desde el punto de vista del Estado solicite, es decir, cuando se requiere la entrega del sujeto declarado culpable o sobre quien pesa una orden de detención para ponerlo bajo el imperio soberano de su ley nacional. La extradición es pasiva cuando cuando se contempla desde el punto de vista del Estado que hace la entrega del delincuente reclamado, pero, en puridad, se trata de una sola extradición y no de dos, aunque la doctrina se haya referido a estas formas con relación a la actitud que el Estado toma como solicitante o solicitado. En realidad y como se ha destacado frecuentemente, la importancia de la distinción anterior radica en la distinta posición guardada por el Estado solicitante y el solicitado, ya que la extradición activa engendrada, se ha dicho, una mera expectativa, en tanto en la pasiva se trata de un problema que extraña aspectos jurisdiccionales que debe satisfacer previamente a la decisión gubernamental de exceder o no al requerimiento de entrega. Dicho en otro giro, y como lo expresa RODRIGUEZ MOURULLO, "la extradición activa es, por esencia, facultativa, ya que el pedir es siempre libre, mientras la pasiva suele entrañar cierta obligatoriedad derivada de tratados, leyes internas, costumbre o reciprocidad"[29].

JIMENEZ DE ASUA aduce que hay autores que se refieren a una extradición llamada *voluntaria*, la cual consiste en la entrega que de su propia persona hace el delincuente, sin formalidad de ninguna especie.[30] Tal forma de extradición no debe confundirse con la *espontánea*, consiste "en el ofrecimiento de la extradición, por parte del Estado supuesto reclamado".[31]

Por ultimo, se habla también de la extradición de *transito*, la cual consiste en la autorización dada por un Estado para que por su territorio transite el reo entregado a otro Estado y pueda así llegar al lugar de su destino, situación esta a la cual se le niega, por algunos, su carácter de extradición, alegando se trata de un simple permiso administrativo de transito.

La constitución mexicana, salvo los casos de excepción regulados por el articulo 15, no pone taxativa alguna al contenido o materia de los tratados de extradición. Tal precepto prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos o para aquellos

---

[29] Derecho Penal, Parte General, p. 170. Editorial Civistas , Primera Reimpresión, Madrid, 1978.

[30] La ley el delito, p.193. Comentado la ley española y depuse de precisar que la extradición, Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO expresa que el consentimiento de la persona reclama determina, con forme a la ley mensionada, que el juez pueda acceder a la demanda de extradición, sin neceidad de " elevar las actuaciones a la audiencia", siempre que no se sucitaren obstáculos legales. Ob. cit., p. 170.

[31] PORTE PETIT, Ob. cit., p. 84.

delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; igualmente prohíbe convenios o tratados en virtud de los cuales se alteran las garantías o derechos establecidos por la Constitución para el hombre o el ciudadano.

Nuestro país ha celebrado, entre otros, los siguientes tratados, convenios o convenciones de extradición: Convenio de extradición *con el Reino de Bélgica,* publicado en el *Diario Oficial de* la Federación de 15 de agosto de 1939, [32]Tratado de extradición con la Republica de El Salvador, el 12 de agosto de 1912; Tratado con los Estados Unidos de Norteamérica de 22 de febrero de 1899; Convenio adicional, al tratado anterior citado, de fecha 28 de marzo de 1903; Convenio adicional al propio Tratado, publicado en el *Diario Oficial* de 13 de agosto de 1927, que aumento la lista de los delitos comprendidos en el mismo con aquellos cometidos contra la s leyes dictadas para la supresión del trafico y del uso de narcóticos, contra las leyes relativas a la manufactura ilícita o al trafico de substancias nocivas a la salud, o productos químicos venenosos,. Así como sobre contrabando; Convención celebrada con la Republica de Guatemala con fecha 25 de septiembre de 1895; Tratado con Italia de 18 de octubre de 1899; Tratado y convención celebrados con los Países Bajos, de fecha de 16 de diciembre de 1907; Tratado entre México y Cuba, publicado en le *Diario Oficial* de 21 de junio de 1930; Convención sobre extradición firmada con Montevideo el 26 de diciembre de 1933 por todos los países del continente americano, el cual aparece publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 25 de abril de 1936, en cuyo articulo 1º se establecen como condiciones para la entrega de los delincuentes:

a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado; y *b)* Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter del delito y sea punible por las leyes de Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de libertad; Convención internacional para la represión de la falsificación de moneda celebrado con Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Gran Bretaña e Irlanda Septentrional, India, China, Colombia, Cuba, Dinamarca, Francia, Grecia Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Reino de los Servios, Croatas y Eslovenos y Unión de las Republicas Socialistas y

[32] El articulo 1 de dicho Convenio expresa: "El gobierno mexicano de Bélgica se compromete a entregarse recíprocamente , por petición que uno de los gobiernos

Convención Internacional relativa a la represión la trata de blancas mayores de edad entre México y varios países.[33]

Al decir VON LISZT, el procedimiento del delincuente entregado queda sujeto al *principio de la especialidad*, ya que solo puede juzgársele por el delito por el cual se ha pedido y obtenido y obtenido la extradición, de manera que la condena por delitos diversos cometidos con anterioridad a la extradición será admisible, como excepción, cuando consiéntanle Estado que ha concedido la extradición o el delincuente, o cuando este haya tenido tiempo suficiente para ausentarse del territorio del Estado requirente o cuando haya regresado de nueva cuenta a el.[34]

---

dirija al otro, los individuos acusados, procesados, o condenados por las autoridades competentes de aquel de lo dos paises en donde la infraccion se hubiera cometido como autores ao cómplices de los crímenes y delitos enumerados en el articulo 2 a continuación y que se encuentren el el territorio de uno u otro de los estados contratantes".

[33]Diario Oficial de la Federación de 8 de julio de 1936.

[34] Derecho Internacional Publico, p. 322, Barcelona, 1929.

Por reextradicción se entiende la entrega del delincuente hecha por el Estado que obtuvo la extradición, a favor de un tercer estado, previa solicitud a efecto de ser juzgado por delito distinto al que amerito su extradición y cometido por anterioridad, o para que cumplan la sentencia que se le hubiere impuesto. Por Decreto del Ejecutivo Federal de 22 de diciembre de 1975 se promulgo la ley de *Extradición Internacional,* expedida por el congreso de la Unión el 18 de diciembre del propio año, publicándose en el *diario oficial* de la Federación el 29 del mismo mes y año, mediante el cual se abrogó la ley de Extradición hasta entonces vigente, la cual se había dictado el 19 de mayo de 1897. La Ley ahora vigente recibió reformas mediante decretos publicados los días 4 de diciembre de1984 y 18 de mayo de1999.

La nueva ley declaró, en su artículo 1°, de orden público y de carácter federal sus disposiciones, así como las condiciones para entregar a los estados que lo soliciten, cuando no exista trato internacional, a los acusados ante sus tribunales, o condenados por ellos, por delitos del orden común; el artículo 3° dispone que las extradiciones solicitadas por el gobierno mexicano se regirán por los tratados vigentes y a falta de estos, por los artículos 5, 6, 15 y 16 de la misma ley.

Son *principios* esenciales que rigen la extradición internacional, de acuerdo a la ley vigente:

a) Podrán ser objeto de extradición los individuos contra quienes en otro país, se *haya incoado un proceso penal* como presuntos responsables de un delito, o que sean reclamados para la *ejecución de sentencia dictada por las autoridades judiciales* del Estado solicitante (artículo 5°).

b) Darán lugar a la extradición posdelitos *internacionales* definidos en la ley mexicana, cuando sean punibles en ésta y en las del estado solicitante, *con pena de prisión,* cuyo *término medio aritmético por lo menos sea de un año de prisión,* y tratándose de delitos culposos, considerados como graves por la ley, sean punibles conforme a ambas leyes con pene de prisión, y no se encuentren comprendidos en alguna de las excepciones previstas por la misma ley (artículo 6°)

c) El Estado mexicano exigirá, para el trámite de la solicitud de extradición, que el Estado solicitante se comprometa a la *reciprocidad;* a que *no serán materia del proceso,* ni aun como circunstancias agravantes, los *delitos cometidos con anterioridad* a la extradición, salvo los casos de excepción señalados; que el presunto extraditado *será sometido a tribunal competente* establecido por la ley con anterioridad al delito que se le impute en la demanda; que *será oído en*

defensa y se le facilitarán los recursos legales; que si el delito imputado se sanciona con la pena de muerte o algunas de las prohibidas por el artículo 22 constitucional, s*ólo se le impondrá la de prisión;* que no se le concederá la extradición del mismo individuo a un tercer estado, salvo los casos de excepción señalados (artículo 10°).

No se podrá conceder la extradición:

a) Tratándose de personas que *puedan ser objeto de persecución política* del estado solicitante, o cuando el reclamado haya tenido la *condición de esclavo* en el país donde cometió el delito (artículo 8°);

b) Cuando el delito por el cual se pide la extradición es del *fuero militar* (artículo 9°);

c) Cuando el reclamado haya sido objeto de *absolución,* indulto o amnistía o cuando *hubiere cumplido la condena* relativa al delito que motive el pedimento (artículo 7°, fracción I);

d) *Falte la querella* de parte legitima, si conforme a la ley penal mexicana el delito exige ese requisito (artículo 7°, fracción II);

e) la acción o la pena de encuentren prescritas, con forme a la ley penal mexicana o a la ley aplicable del Estado solicitante (artículo 7°, fracción III);

f) Cuando el delito se haya cometido dentro del ámbito de jurisdicción de los tribunales de la Republica (artículo 7°, fracción IV);

g) *Ningún mexicano podrá ser entregado a un estado extranjero* sino en casos excepcionales a juicio del ejecutivo (articulo 14), pero la calidad de mexicano no impedira la pena del reclamado, cuando haya sido adquirida con posterioridad a los hechos que motiven la petición de extradición (articulo 15).

El párrafo tercero del artículo 119 de la Constitución General de la Republica precisa que "las extradiciones a requerimientos de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los terminos de esta constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. *En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales.*".

7. LA EXTRADICIÓN INTER-REGIONAL

De acuerdo con el articulo 119 párrafo segundo de la constitución Politica de los Estados unidos Mexicanos, según su texto actual, "*Cada estado y Distrito Federal están obligadas a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, asi como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera .*
Estas diligencias se practicaran, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los terminos de los convenios recolaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los Estados y el Distrito Federal, quien actuara a través de la Procuraduría General de la Republica".

El referido texto se origino en el Decreto promulgatorio del presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, del Decreto expedido por la comisión Permanente del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, previa aprobación de las camaras de diputados y de Senadores del congreso de la Unión así como de las mayoría de las legislaturas de los Estados, sobre reformas a diversos artículos de la Constitución Política decreto aquel que aparece publicado en el diario oficial de la federación del 3 de Septiembre de 1993. E anterior texto decía: "Cada Estado tiene obligación de entregar sin demora los criminales de otro estado o del extanjero a las autoridades que lo reclamen. En estos casos. El auto del juez que mande cumplir la requicitoria de extradición, será bastante para motivar la detención por un mes, si se tratare de extradición entre Estados y por dos meses cuando fuere internacional". La ley reglamentaria de este precepto, (119) de 29 de diciembre de 1953 publicada en el *diario oficial de la federación de* 9 de enero de 1954, aunque no derogada expresamente a quedado de hecho sin aplicación cuanto menos parcialmente, atento al contenido del nuevo articulo 119 constitucional.

En efecto, en el diario *oficial de la federación* de 3 de diciembre de 1993, se publico en convenio de Colaboración que, con base en el articulo 119 constitucional, celebraron la procuraduría General de la Republica, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los Treinta y un estados integrantes de la federación, el 25 de septiembre del propio año, cuyas cláusulas son las siguientes: "PRIMERA. La Procuraduría General de

la Republica, la Procuraduría General de Justicia del distrito federal y las procuradurías generales de justicia Estatales, *con la finalidad de colaborar recíprocamente dentro de sus respectivos ambitos de competencia en la modernización, agilización y optimización de la lucha contra la delincuencia, se comprometen a instrumentar las siguientes acciones:*

"A) En materia de investigación de hechos delictivos y aseguramiento de instrumentos, vestigios, objetos y productos relacionados con los mismos, intercambiarán información enm forma ágil y oportuna actuaran con absoluto respeto a la constitución General de la Republica a las constituciones de las entidades federativas y a las leyes penales y reprocedimientos que las rigen.

"Se pondrá particular cuidado y eficacia en el intercambio de información el los siguientes casos:

"1.Cuando de las investigaciones practicadas con motivo de tramite de una averiguación previa se desprenda que existen datos de la posible comisión de delitos perpetuados en otra entidad federativa.

"2. Cuando de los datos recabados en una averiguación previa se compruebe que se trata de uno o varios hechos delictivos relaciona-dos entre si o que se hayan iniciado, ejecutado, continuando o consumado en mas de una entidad.

"3. Cuando el Ministerio Publico, de las diligencias practicadas, advierta que el hecho delictivo que investiga tiene ramificaciones o existen indicios de su comisión o de la participación de alguna persona en otra entidad federativa.

"Cuando sean necesario las procuradurías abrirán averiguación previa a solicitud de cualquiera de ellas hacha telefónicamente, por telex, fax o cualquier otro medio de comunicación otorgandoce recíprocamente todas las facilidades párale éxito de las investigaciones.

" Las partes se entregaran sin demora los instrumentos, vestigios objetos o productos del delito que sean necesarios para integrar una averiguación previa o para ser presentado en un proceso, aunque no medie requerimiento expreso.

" Para efectos de investigación, la policía Judicial de cualquiera de las partes signatarias podrá interesarse en el territorio d otra con la autorización del correspondiente Ministerio Público y bajo su responsabilidad. La Comisión para tal efecto se contendrá en un oficio de colaboración.

”B) En materia de entrega de indiciados, procesados o sentenciados con escrupuloso respeto a los derechos humanos, las partes acuerdan regirse por las siguientes reglas.

”1. Cuando la Procuraduría de cualquier entidad federativa tenga en su poder un orden de aprehensión, podrá requerir por cualquier medio de comunicación, a la Procuraduría de otra Entidad la ejecución inmediata de dicha orden y la entrega de la persona aprehendida.

”2. Las órdenes de aprehensión vigentes podrán ser ejecutadas por cualquier Procuraduría firmante, sin necesidad de previo requerimiento. La Procuraduría que ejecute la orden, informará de inmediato a la de la entidad en que se aya emitido dicho mandamiento y, de común acuerdo dispondrán los términos del traslado.

”3. La Procuraduría requerido podrá autorizar expresamente a la requeriente para que agentes de esta última se interne en el territorio de la primera y ejecuten la aprehensión y el traslado correspondiente.

”4. En los casos de flagrancia o urgencia previsto en el artículo 16, si durante la persecución o búsqueda de una persona, por delito cometido en una entidad, ella se refugia o localiza en otra, el Procurador de Justicia de la primera o el Servidor Público que lo substituya podrá solicitar por cualquier medio al de la segunda entidad que ordene su detención y entrega inmediata.

” Durante la persecución que se realice en este tipo de casos la policía que efectúe la misma podrá continuarla en territorio de otra entidad, dando aviso inmediato a las autoridades de está última.

”5. La solicitud para ejecutar una orden de presentación, detención por urgencia, o aprehensión será hecha por el Procurador o cualquiera de los subprocuradores

”6. La autoridad requirente se dirigirá por oficio a la autoridad requerida. Este oficio podrá hacerse llegar por cualquier medio de comunicación entre los cuales se consideran incluidos el telégrafo, el telex, el telefax, así como cualquier otra tecnología por la que pueda transmitirse el escrito.

”7. Cuando no se disponga de un medio para hacer llegar el oficio de manera inmediata a la autoridad requerida, se podrá realizar la solicitud telefónicamente. En tal caso cada autoridad levantará un acta en que se ara constar la razón de la solicitud telefónica, la hora y circunstancia en que esta se hizo, y a la brevedad posible se hará llegar

el oficio correspondiente a la autoridad requerida. Está realizará la detención e indicara el traslado con base en la solicitud telefónica.

”8. El oficio por el que se requiera la entrega, contendrá lo siguiente:

”I. Referencia de la autoridad que emitió la orden de que se trate y los datos que permitan identificar el documento en que cosnta

”II. Nombre o nombres con los que conosca a la persona buscada, y sus apodos si los tubiere.

”III. Descripción de la persona buscada en la que se aporte la mayor cantidad de datos para su identificación.

”IV. Identificación de los elementos de que se disponga para localizar a la persona buscada.

”V. Firma del servidor público requirente.

”Cuando la transmisión se haga por telégrafo o telex el operador hara constar que tiene a la vista la firma correspondiente.

”De ser posible se remitirán copia de la orden de que se trate y la fotografía de la persona buscada.

”La no disponibilidad de alguno de los datos previstos en las fracciones II, III Y IV no restará validez a la solicitud.

”9. La autoridad requirente y la autoridad requerida podrán convenir en cada caso, incluso de manera verbal, los términos en que las policías de ambas colaboren para la localización y captura de la persona buscada.

”La autoridad requerida podrá autorizar en este caso siempre por escrito, a los agentes de la policía que comisione la autoridad requirente para que se internen en el territorio de la autoridad requerida y ejecuten la aprehensión y traslado correspondiente.

”En estos casos deberá identificarse plenamente a los agentes autorizados para actuar en la entidad requerida y el área del territorio de dicha entidad en la que podrán hacerlo.

”10. Cuando una persona fuere reclamada por autoridades de dos o mas entidades federativas, la entrega se hará de preferencia a la autoridad en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que amerite una sanción mayor, según las leyes de las autoridades requirentes. Si las sanciones son iguales, se dará preferencia a la autoridad del domicilio del inculpado, y a falta de domicilio cierto, a la que primero hubiere hecho la reclamación.

”II. Si la detención se efectúa por ajentes de la policía de la entidad requeriente, previa la autorización correspondiente para dicha actuación, éstos deberan realizar de inmediato el traslado del detenido para ponerlo a dispocisión de la autoridad requeriente.

” Si la detención es efectuada por la policía de la autoridad requerida, ésta indicará de inmediato a la autoridad requeriente el sitio donde se encuentra a su disposición el detenido. La autoridad requeriente deberá disponer de inmediato lo necesario para su traslado, salvo que se convenga en el caso concreto que dicho traslado se efectúe por agentes de la autoridad requerida o por los de cualquiera otra de las partes signatarias de esté convenio.

”12. Cuando la persona requerida se encuentre purgando una pena en la entidad requerida, su entrega se diferirá hasta que extingan su condena.

”La autoridad requeriente efectuará, en el marco de su legislación lo necesario para que se interrumpa la prescripción.

”13. Cuando la autoridad requerida tuviere noticia de que la persona buscara se encuentra en otra entidad, de oficio remitirá o retransmitirá la solicitud a la autoridad de esa entidad y lo avisara de inmediato a la autoridad requirente.

”C) En materia de intercambio y análisis de información criminologica y de datos relativos y personas involucradas en el tramite de nuna averiguación previa, la comunucacion entre las Procuradurías sera permanente y se organizaran como instrumentos de apollo en esta materia , mecanismos de enlase entre los sistemas de información con que cuenta cada una de las instituciones signantes respecto a personas o cosas relacionados con algun hecho ilisito, a servidores publicos , dados de baja por alguna causa de responsabilidad en ejercicio y con motivo de sus funciones en el area de procuración de justicia y en general de los datos con que se cxuentesn en sus respectivos archivos criminalisticos y criminologicos.

”D) En materia de nodernisacion del fun cionamiento de los labores sustantivas de procuración de justicia, las Procuradurías se proporcionaran recíprocamente asesoria y cooperación cientifica y tecnica en las especialidades periciales y de avance informatico que se requieren.

”E) En materia de capacitacion y desarrollo del personal del Ministerio Publico Policia Judicial Servicios Periciales y De Administración, se disenaran y ejecutarasn programas conjuntos pendientes a su profecionalisacion y especialización.

”F) En materia de promocion a las labores desarrolladas a nivel nacional en el ambito de procuración de justicia, en caso der concurrir intereses armonicos en la edicion de manuales, guias, prontuarios,

Formularios o cualquier otra promulgación , las partes podrán publicarlos como coeditares.

”SEGUNDA. El presente convenio de colaboración, no tiene carácter limitativo para las partes signantes, por lo que de acuerdo a necesidades o requerimientos locales, regionales, o nacionales, padran subscribirse acuerdoas, convenios o bases independientes o compleemtarias a alas precentes entre dos o mas Procuradurías.Estos convenios y los indicados en la clausula siguiente deveran publicarse en el Diario Oficial de la Federacion y en los organos oficviales de las entidades signatarias.

”TERCERA. Las partes convienen en mantener vijentes los convenios bilaterales omultilaterales que tienen suscritos entre ellas en todo lo que no se oponga a lo aquí pactado.

”CUARTA. Las partyes firmantes convienen en gestionar las adaptaciones legales necesarias para el mejor cumplimiento de este convenio.

”QUINTA. Las partes se comprometen a resolver de comun acuerdo cualquier duda o controversia que surja con motivo de la interpretación y cumplimiento del precente convenio de colaboración y a expedir a la brevedad posible los manuales de procedimientos de operación necesarios para instrumentar las acciones acordadas .

”SEXTA. El precente instrumento quedara depositado en la Procuraduría General de la R epublica, la cual gestionara su publicacion en el diarion oficial de la federación.

”Las entidades afirmantes lo publicaran en sus respectivos organos oficiales.

”En tantoi se efectua la decuacion de las leyes organicas que lo requieran en los casos en que se aga necesario, los titulares de los Poderes Ejecutivos Estatatales podran retificar mediante oficios, que tambien se depositara en la procuraduría general de la republica, el con tanido del presenrte convenio ”

BILIOGRAFIA MIN IMA

CASTELLANOS TENA, FERNANDO:*Lineamiento Elementlesdel Derecho Penal,*Editorial Porrua, Mexico, 1976; Jiménez de Asua Luis ; *La Ley y el Delito* Editorial Hermes, Segunda Edicion , Buenos Aires,1954; *Trartado deDerecho Penal,* I , II, III Editorial Lozada Buenos aires 1950; Liszt , Franz Bon :Tratado de derecho Peanal, I, Editorial Reus Segunda edicion, Madrid, 1927, Traf. LUIS JIMENES DE ASUA ; *Derecho Internacional Publico, Gustavo Jil Editor, Barcelona, 1929, Traf* : Domingo Miral ; Mezger, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal, I,* Madrid, 1955, Trad . Jose Arturo RODRIGUES MUNOS;NIBOYET, J.P.:*Principios de DerechoInternacional Pribado* Instituto Editorial Reus, Segunda Edicion ,Madrid , Trad. Andres RODRIGUES RAMON; NOVOA ,Eduardo:*curdo de Derecho Pénal chileno* , Editorial Juridica de Chile, 1960; PORTE PETIT, Celestino : A*puntes dela Parte del Derecho Penal,* I, Mexico 1960; TRIGUEROS, Eduardo: *La Evolucion Doctricnal del Derecho Internacional Privado ,* Editorial Polis , Mexico, 1938.

CAPITULO IV

LA VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO

1.El tiempo de valides de la ley penal ; 2. La excepción al principio basico que rige la valides temporal de la key penal.. 3. Hipótesis que puede originar la sucesion de leyers penales .-4. Concepto de ley mas benigna. 5. La retroactividad de La ley y la cosa jusgada.

1. EL TIEMPO DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.

Las instituciones jurídicas, como obra de los hombres, están llenas de imperfecciones. De ahí la enorme importancia que tiene la labor vivificante de la ley jurisprudencia, la cual, al paso del tiempo, hace día a día vestir nuevas galas abecés vetusto del Derecho positivo. Siendo la ley el producto de un conjunto de factores de diversa índole

y naturaleza, cuya pretensión es regir situaciones futuras es lógico surja en un momento dado la necesidad de su reforma o de su total substitución , al variar aquellos factores que le dieron vida. Las leyes , como los hombres , nacen, viven y mueren.

La ley penal como cualquiera otra, como cualquiera otra, tiene validez desde que surge su *obligatoriedad,* a raíz de su publicación, hasta su *derogación o abrogación.* Por lo mismo, la vida de la ley abarca desde su nacimiento hasta su extinción o muerte. De lo anterior se desprende, como principio básico, que la *ley rige para los casos habidos durante su vigencia,* lo que indica su inoperancia para solucionar situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la misma.

Al referirnos a las fuentes del Derecho hicimos relación al proceso legislativo y establecimos, invocando la legislación civil, las reglas que nos precisan el momento en el cual surge la *obligatoriedad* de la ley. Si es este precisamente el momento que marca la vigencia de la ley, no puede presentarse problema alguno por cuanto a los hechos jurídicos surgidos durante la *vocatio legis.* La derogación y la abrogación marcan el limite Terminal de la vigencia de la ley, pudiendo la segunda ser

Expresa o tacita, según lo determine de manera explicita el nuevo texto o bien cuando este resulte contradictorio con el anterior.

En el lenguaje jurídico, los términos *derogación y abrogación* se usan en ocasiones como sinónimos, queriéndose con ellos designar el fenómeno por el cual cesa la vigencia de la ley en forma *parcial o total.* Técnicamente, sin embargo, son conceptos distintos, pues mientras *derogar* significa *quitarle una parte* a la ley, *abrogarla* equivale a *suprimirla totalmente.* Se habla de *abrogación expresa,* cuando es la propia ley explícitamente la que ordena la supresión de otra ley, usando la expresión: “Queda abrogado el Código”, etc., en cuyo caso se trata de una abrogación expresa *directa.* Si el término de duración de la ley está precisado en ella misma, como en el caso de las leyes *temporales,* o bien la ley se a dictado para regir una situación transitoria, como cuando se trata de *leyes excepcionales,* se dice que la abrogación expresa es *indirecta.* Se habla de *abrogación tacita* cuando

la vigencia de una ley excluye la vigencia de la otra por reglamentar la misma materia, operando el principio "*lex posterior derogat priori*", o bien por reglamentarla en sentido opuesto: *leyes posteriores priores contrarias abrogan.*

El principio básico general enunciado, encuentra consagración en el artículo 14, párrafo segundo de nuestra constitución: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y *conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*". Ello significa que el hecho ilícito penal deberá ser juzgado y castigado *precisamente por la ley vigente en el momento de cometerse,* lo cual origina la ultractividad de la ley penal cuando entre el delito cometido y la sentencia que se dicte ha surgido una nueva ley.

2. LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO BÁSICO QUE RIGE LA VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

El principio *tempos regit actum,* equivalente al de *no retroactividad o irretroactividad* de la ley, recogido el artículo 14, párrafo primero de nuestro texto constitucional, tiene como excepción el de *retroactividad de la ley penal mas benigna.* Ello se infiere de la interpretación a *contrario sensu* del precitado artículo 14, párrafo primero, que declara: *"A ninguna ley se dará efecto retroativo en perjuicio de persona alguna",* excepción reconocida en forma unánime por la doctrina y el derecho positivo. El codigo penal vigente en el Distrito Federal al igual que el Código penal Federal, recoge dicha excepción al declarar ésta que *cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad,* entrase en vigor una *nueva ley,* se estará a lo dispuesto *en*

la mas favorable al inculpado o sentenciado, esto es se podrá aplicar *retroactivamente* la nueva ley, lo mismo se trate de procesados que de

sentenciados, adquiriendo carácter obligatorio su retroactividad, cuando resulte ser más benigna.[1]

No se puede negar, como se afirma de ordinario, que la retroactividad de la ley va vinculada o bien se complementa con el fenómeno de la *ultractividad* de la misma, *cuando es mas favorable al acusado,* lo que obliga al juzgado aplicar la ley vigente en el momento de la comisión del hecho delictivo, aun cuando ésta haya dejado de existir.

En la doctrina y en la practica judicial plantéase la cuestión de determinar la ley aplicable en el caso de la posible *sujeción de leyes,* cuando el proceso abierto por algún delito se encuentra *sbu-judice.* Se habla entonces de leyes *intermedias,* siendo evidente a nuestro entender que resulta aplicable la ley intermedia, de resultar ésta la más favorable al acusado.[2]

El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, se ocupa en sus artículos 6 y 7 de la hipótesis que pueden presentarse con relación a la sucesión de las leyes,

Reglamentando los siguientes casos*: a)* cuando la nueva ley *disminuya* la sanción; b) cuando la *substituya* por otra menos grave; c) cuando se cambiare la *naturaleza* de la sanción; d)cuando se *modificaren los elementos* constitutivos del delito y la conducta o el hacho imputado quedare comprendido en la nueva ley. Los artículos del citado Anteproyecto dicen así: Art. 6. "Cuando entre la comisión del delito y la sentencia que deba pronunciarse, se promulguen une o más leyes que disminuyan la sanción o la substituyan por otra menos grave, se aplicará la mas benigna. Si pronunciada una sentencia ejecutoria se dictare una nueva ley que , sin cambiar la naturaleza de la sanción, disminuya su duración, se aplicara en la misma proporción en que estén el máximo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la ley posterior .Cuando la nueva ley deje de considerar una determi-

---

[1] "Articulo 56. Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la mas favorable al inculpado o sentenciado .La autoridad que este conociendo del asunto o ejecutando la sanción de oficio la ley mas favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al termino mínimo o al término máximo de la persona prevista y la reforma disminuya dicho termino se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el termino mínimo y el termino máximo, se estará a la reducción que resulte en el termino medio aritmético conforme a la nueva norma".

[2] Váese a Alfonso REYES ECHANDIA , *Derecho Penal*. Parte General, p. 62. Editorial Témis, Bogota, Undecima edicion ,Segunda reimpresión. En el ámbito *temporal* de aplicación de la ley penal, la doctrina se ocupa de las leyes *temporales* y de las leyes *excepcionales* , siendo las primeras aquellas que determinan expresamente el periodo de su vigencia, en tanto las segundas son dictadas para regir situaciones excepcionales, leyes cuya vigencia no precisada queda dependiendo de la existencia de las situaciones particulares que le dieron vida, las que al desaparecer originan la extinción de su vigencia .

nada conducta o hecho como delictuoso, se ordenará la absoluta libertad de los procesados o sentenciados cesando el procedimiento o los efectos den la sentencia pronunciada ".Art. 7 ."Cuando después de cometido el delito se dictare una nueva ley que modificare los elementos típicos del mismo, si la conducta o el hecho se ajustaren a la nueva descripción legal , se aplicará éste sólo en el caso de que la pena sea mas favorable al delincuente".

El Código Penal Tipo , elaborado en acatamiento a una de las recomendaciones del III Congreso Nacional de Procuradores de Justicia , regulan en el Capítulo IIDES Título Primero , según se precisa en su *Exposición de motivos* , "las normas alusivas al problema de la sucesión de leyes penales, haciendo referencia a la modificación de la ley y al caso de que ya no repute determinado hecho como delictuoso , manteniéndose el principio de la ley más favorable al acusado, con base en el artículo 14 de la Constitución General de la Republica ".

Se ocupan de la *aplicación de la ley en el tiempo,* los artículos 4 y 5 del Código Tipo , establecido el primero de ellos: "Cuando entre la perpetrtación del delito y la sentencia que sobre él debiera pronunciarse, se promulgare una ley más favorable que la ley vigente al cometerse el delito , se aplicára la nueva ley . Si pronunciada la sentencia irrevocable se dictare una nueva ley que, dejando subsistente la sanción señalada para el delito, disminuya su duración, se reducira la sanción impuesta en la misma proporcion que guardan las sanciones establecidas en ambas leyes. En el caso de que cambiare la naturaleza de la sanción, si el condenado lo solicita, se substituirá la señalada la señalada en la ley anterior por la señalada en la posterior." El articulo 5 ,prescribe: "Cuando la nueva ley deje de considerar una determinada conducta o hecho como delictuoso, se ordenará la libertad de los procesados o sentenciados, cesando el procedimiento o los efectos de la sentencia, con excepción de la reparación del daño , cuando ya se haya hecho efectiva".

3.HIPÓTESIS QUE PUEDE ORIGINAR LA SUCESIÓN DE LEYES

La doctrina señala como situaciones originadas por la sucesión de leyes penales las siguientes:

a) *creación de un nuevo delito no sancionado en la ley anterior* . Atendiendo al principio de *no retroactividad de la ley en prejuicio* de persona *alguna*, es imposible incriminar aquellas conductas o hechos cometidos con autoridad a la vigencia de la nueva ley .Además del imperativo anterior surge aquí, en toda su plenitud ,el principio *nullum crimen,nulla poena sine proevia lege penale*", complementándose ambos para garantía de los ciudadanos frente el poder publico.

PORTE PETIT plantea, dentro de esa hipótesis, los problemas surgidos según se trate de delitos *instantáneos ,permanentes o continuados*. Con relación a los primeros precisa que la nueva ley no puede abarcar los hechos o conductas de consumación instantánea por resultar en tal caso retroactiva .Tratándose de los segundos se inclina por la aplicación de la nueva ley cuando la conducta o el hecho se continua realizando hasta su vigencia ,invocando al respecto de *MANZINI,*RANIERI ,y BATTAGLINI. En cuanto a los últimos aduce que puede suceder que se hallan realizados conductas o hechos (antes de la nueva ley), continuándose hasta su vigencia ,en cuyo caso ésta será aplicable con relación a los que caen bajo su obligatoriedad.[3]

b) *Supresión de un delito que la ley anterior sancionaba*. A la inversa de la situación planeada en la hipótesis anterior ,en esta se hace obligatoria la retroactividad de la nueva ley. Las razones invocadas para sostener tal criterio se hacen consistir, fundamentalmente en la falta del interés estatal para punir un hecho que ha dejado de ser estimado delictivo.

c) *Modificaciones en el tipo penal respecto a la pena.* Esta situación puede referirse:

---

[3] *Apuntes de la Parte Genereal del Derecho Penal,* I, p. 91.Mexico, 1960. Tratandose de los casos de *pluralidad* de actos o de omisiones integrantes de *una sola conducta* , los cuales caen bajo la vigencia parcial dedos leyes penales ,una a*nterior* y otra *posterior ,* para precesar el momento de su consumacion resulta determinanrte , como lo pone de manifiesto RANIERI, aquel en que se realiza el ultimo acto, junto con su resultado o se efectúa la ultima omision por lo que siempre habra de aplicarse la ley *posterior* , sin importar que sea menos favorable. Textualmente expresa RANIERI : "En cuanto hace a la hipótesis de delito *permanente* , por haberse prolongado voluntariamente el estado antijurídico , que cae bajo la nueva ley, es ésta la que ha de aplicarse. Y en el caso de *delito continuado*, puesto que se tiene una pluralidad de hechos, de los cuales una parte cae bajo la ley anterior y otra bajo la ley posterior , si esta última es abogatoria , no hábra lugar a ningun castigo ; si es creedora , se aplicara pena sólo cuanto se haya verificado bajo la nueva ley , y si esta es simplemente modificadora , entonces deberá ser aplicada"*Manual de Derecho Penal,* I, pp. 93-94, Editorial Témis Bogotá , 1974. Versión castellana de jorge GUERRERO ,sobre la cuarta edicion italiana.

1° A una *disminución* de la pena establecida en la ley anterior.

2° A la *substitución d*e la pena por una menos grave.

3° A la *agravación* de la pena con relación a la señalada a la ley anterior.

En los dos primeros casos se aplicará retroactivamente la nueva ley ,mientras que el ultimo priva el principio de la irretroactividad.

a) *Modificaciones en el tipo penal respecto a sus elementos constitutivos* .Esta situación puede consistir :

1° En *aumentar los elementos del tipo o ampliar su alcance* , como sucedería en el delito de estupro si se señalara en veinte años la edad de la mujer , y

2° En *disminuir tales elementos o restringir su alcance*, para facilitar la función del hecho. Tal sería el caso en el delito de estupro si se supieran los medios comisivos : seducción o engaño.

e) *Modificaciones en la ley, referentes a las circunstancias atenuantes o agravantes*. Bien puede suceder que la nueva ley no modifique la punibilidad de la conducta o del hecho, sino amplié o restrinja el alcance de las circunstancias que conectadas con ellas hacen operar un aumento o disminución de la sanción. En tales casos podrá o no aplicársela nueva ley, según beneficie o perjudique al acusado.

4.- CONCEPTO DE LEY MÁS BENIGNA

En algunos casos de disminución de pena, de substitución de la sanción, de modificación de los elementos constitutivos del delito o de modificación de las circunstancias conectadas con la punibilidad, parece presentarse con claridad el concepto de ley mas favorable benigna como aquella que causa menos perjuicios al acusado, tanto en su libertad como en sus bienes patrimoniales. No obstante, como se encarga de hacerlo notar NUÑEZ, habrá casos en que resulte dudoso precisar la ley mabenigna. " La doctrina universal-aduce-, ha planteado la cuestión en ciertos casos desde hace tiempo. ¿Qué se resuelve cuando, tratándose de penas de la misma naturaleza, la nueva ley rebaja el máximo, pero eleva su mínimo, o al revés? ¿En el caso del penas de diferente naturaleza, se ha de estar a la gravedad relativa de ellas o se ha de recurrir al principio de su valor relativo de

conversión?" [4] Es evidente que en las situaciones dudosas no puede establecer un criterio preciso sino en orden al conjunto de las "consecuencias penales del delito" y mediante el examen del caso concreto, pues no puede atenderse en modo general a la gravedad de las penas recogidas en los Códigos sino a la situación personal del reo.

Este ultimo criterio parece ser el mas aceptación doctrinal, pues solo frente al caso particular es posible establecer cual resulta ser la ley mas benigna. En este sentido se ha inclinado la Jurisprudencia alemana, según lo pone de manifiesto MAURACH, para quien la *ley mas benigna es la ley mas favorable al autor en el caso concreto*[5]**.** Comparte dicho punto de vista Alfredo ETCHEBERRY, al firmar que la benignidad de una ley debe determinarse no en abstracto sino en contrato.[6] Es por ello que corresponde únicamente al juzgador decidir cuando la nueva ley deben aplicarse retroactivamente, sin que el indicado tenga intervención de ninguna especie en dicha decisión, por ser esta una cuestión de orden publico.[7]

5.- LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY MAS BENIGNAY LA COSA JUZGADA

Nuestro Código acepta. en su articulo 56ya citado, la *retroactividad de la ley mas benigna, n*o solo en aquellos casos ubicados en el periodo procesal sino aun tratándose de los que han sido fallados en definitiva, reconociendo así la eficacia de aquel principio durante la condena.

J. RAMON PALACIOS expresa la autoridad de la cosa juzgada sufre, en materia penal, dos excepciones: "La primera cognada con lenguaje infeliz del articulo 57 del c.p. de 31, se concreta en la destrucción de la eficacia de la sentencia, cuando el Derecho substancial quito a la conducta el carácter de delictiva que las normas anteriores estatuían. El fundamento yace en la consideración de que si el Estado ha conceptuado que el proceder del sujeto no necesita sancionarse, las penas resultan superfluas y contrarias a la conciencia ético- jurídica, del momento. Con mayor rabón el proceso en curso se extingue. La segunda excepción prevista por el o diverso 56 del mismo Código penal es toda vía mas desafortunada, porque no solamente

---

[4] Derecho Penal Argentino, I, p.142, Editorial Bibliografica, Buenos Aires, 1951.
[5] Tratado de Derecho Penal, I, p. 143, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan CÓRDOBA RODA.
[6] Derecho Penal, I, p 125. Ed. Gibas Santiago de Chile, 1965
[7] CUELLO CALÓN se pregunta, como tantas juristas, cual es la ley mas benigna. Si bien el problema tiene fácil solución cuando la nueva ley señala una pena menor, no siempre se presenta tal cuestión con esa claridad y en esos casos la determinación de la pena favorable

peca al despreciar el léxico técnico, sino que adopta un sistema contradictorio al exigir solicitud del condenado para la paliación retroactiva de la ley penal y deja que surtan efectos la ley anterior, mezclando los con los de la ley penal posterior, ya que se reduce la pena impuesta en la sentencia ejecutoria, 'en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior'…".[8]

El sistema de excepción a la autoridad de la cosa juzgada es seguido, entre otros, por los Códigos argentino (articulo 2) , brasileño (articulo 2) y español (articulo 24), que declaran al retroactividad de la ley mas benigna tratándose del condenado, Consagran sistema opuesto, limitando la aplicación retroactiva hasta el momento de dictarse la sentencia, entre otros los Códigos italiano de 1930 (articulo 2) y chileno. Eduardo NOVOA, refiriéndose al ultimo comenta: "La retroactividad de la ley mas favorable no tiene lugar cuando el juicio ha sido fallado. Concluida la litis, la intangibilidad que la ley reconoce a la cosa juzgada impide que la ley posterior mas benigna pueda puede ser
aplicada al reo" [9]

BIBLIOGRAFIA MNIMA

OVOA, EDUARDO: *Curso de Derecho Penal Chileno*, Jurídica de Chile, 1960;

PALACIOS, J, RAMON: *La cosa juzgada,* Editorial Cajica, Puebla, 1953; POTER PETIT, Celestino: *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal*, México, 1960; RANIERI, SILVIO: *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogota, 1975. Versión Castellana de Jorge

resulta sumamente difícil, lo que ha dado pie a la proporción de varias soluciones, incluso la de sostener el criterio general de no retroactividad ."Pero en tales casos –concluye- lo más racional seria dejar que el reo determina la ley por la que desea ser juzgado y sentenciado , pues nadie mejor que el debe conocer las disposiciones que le son mas benéficas *".Derecho Penal*, I,pp.222-223; Bosch, Barcelona, Decíma Cuarta Edicion, 1964.

[8]La *Cosa Juzgada* , p. 24. Editorial Cajica, Puebla 1953. Conviene aclarar que el texto actual del Art. 57, se encuentra actualmente derogado .No obstante , con independencia de la defectuosa estructura de los procesos en cuestión, que merecieron la justicia critica señalada , asiste plenas razón a Palacios en los razonamientos o comentarios hechos al respecto .

[9]Curso de Derecho Penal Chileno, p.196, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

GUERRERO; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal* Argentino, Buenos Aires, 1951.

CAPITULO V

LA VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO

1. El principio de igualdad de la ley penal.-2. Las excepciones al principio de la igualdad ante la ley penal.-3. La inmunidad diplomática.-4. El fuero. Responsabilidades políticas. Responsabilidades penales. Responsabilidades administrativas.-5. Naturaleza jurídica del fuero.

1.- EL PRINCIPIO DE LA INGUALDAD ANTE LA LEY PENAL

Este principio, es de aplicación relativamente reciente y su valor no deja de ser puramente informativo ya que, como se vera mas adelante, tiene dos fundamentales excepciones. Según Juan DEL ROSAL, "en la elaboración de la ley penal no reza este principio, a modo como fue entendido por contraposición a la arbitrariedad del antigua régimen".[1]

El moderno Derecho penal afirma *la igualdad de los súbditos ante la ley*, pues esta se dirige a todos, sin excepción, lo que hace *impersonal,* atributo propio y fundamental derivado de la naturaleza *publica y general*. No obstante, este principio fue negado en otros tiempos históricos; el mundo antiguo no conoció otro orden de cosas que el de la desigualdad ante la ley. En el Derecho romano se distinguieron los cives, poseedores de toda clase de privilegios, el *peregrinus,* de inferior condición, y el *servus* pertenece a la clase mas baja en la organización social de la época y sobre quien recaían los castigos mas extraordinario. El mismo Derecho romano distinguió los *honestiore*s de los *humilliores*, colocados en situación diversa ante la ley. En la Edad Media se acentuó aun mas tal desigualdad, a pesar de que la esclavitud quedo remplazada por la servidumbre feudal. En este periodo histórico existió notable direncia entre señores y nobles y los siervos o plebeyos, consagrándose el derecho del delincuente a ser juzgado por sus iguales, lo cual pone de manifiesto la diferente justicia impartida a unos y otros.

---

[1] Derecho Penal (Lecciones), P. 230, Valladolid, 1954.

2. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LAIGUALDAD ANTE LA LEY PENAL

Son dos las excepciones al principio de la igualdad ante la ley; una de Derecho internacional publico: la inmunidad diplomática; la otra de derecho publico interno:el fuero.

La inmunidad supone inaplicación absoluta de la ley penal y se la refiere a la persona de los representantes diplomáticos de países extranjeros. El fuero, por lo contrario, no constituyen sino un privilegio frente a ella; quien goza del fuero es responsable de los hechos delictivos cometidos, pero pera serle aplicadas las sanciones respectivas debe, previamente, ser despojado de su privilegio, o bien satisfacerse determinados requisitos con antelación a su procedimiento.

3. LA INMUNIDAD DIPLOMATICA

Es cuestión antigua la inmunidad de los representantes diplomáticos; los pueblos primitivos respetaron la persona de los legados estableciendo el principio de su inviolabilidad. No obstante, la inviolabilidad absoluta no ha sido reconocida, en forma unánime, a pesar de constituir la corriente mas aceptada: algunos ilustres autores del Derecho de Gentes han limitado su alcance, estableciendo excepciones para aquellos casos de actividades sediciosas, excitación a la rebelión, conspiración, etcétera, que ponen en peligro la integridad del Estado ante el cuáles encuentra acreditados tales representantes diplomáticos, puesto que, afirman, la inmunidad diplomática protege a la persona, en razón de su investidura, poniéndola a salvo de cualquier acción que interfieran con su alta misión, pero no le proporcionan impunidad.

FRANZ VON LISZT, al hacer historia sobre la inviolabilidad de los legados, afirma que fueron conocidos como la antigüedad pero no adquirieron carácter de institución de Derecho internacional hasta que "se establecieron las legaciones permanentes. Fueron los primeros en hacerlo los papas y los príncipes y republicas del norte de Italia (Venecia, Florencia). Los mas antiguos legados permanentes fueron los 'apocrisiari' (responsables) pontificios en la corte de Bizancio (siglo V-VIII). Al principio los agentes diplomáticos pertenecieron al clero y mas adelante se escogían entre los mas cultos humanistas (oratores), porque el latín fue, durante mucho tiempo, el lenguaje internacional y, sobre todo, el de los documentos diplomáticos. Así surgió una 'diplomacia' en el sentido de una institución necesaria para mantener personalmente las relaciones entre Estados, que GROCIO todavía conoció funcionando (in uso), pero que clasifico de recusable.

La diplomacia no adquirió su pleno desarrollo hasta después de la paz de Westifalia,

Qué reconoció a los distintos Estados alemanes la libertad en las relaciones internacionales, en tiempos después de Luis XIV".[2]

El moderno Derecho internacional público reconoce al Jefe del Estado el Derecho de representación. Tal principio se basa en que precisamente se encuentra investido de la autoridad suprema y no puede estar, por su propia naturaleza, sometido al imperio y autoridad de ningún otro Estado. Por ello al trasladarse a territorio de otro Estado, representa en el la soberanía de su poder.

Los agentes diplomáticos "son los representantes permanentes del Estado que los nombra en todas sus relaciones internacionales con el Estado donde ejercen sus funciones. Tienen 'carácter diplomático', es decir 'representan' y personifican la autoridad soberana del Estado que los nombre".[3]

A partir del Reglamento de Viena de 19 de marzo de 1915 se reconocieron *tres* jerarquías de *agentes diplomáticos* las cuales fueron ampliadas a *cuatro* a partir del protocolo de Aquisgrán de 21 de noviembre de 1918. Tales jerarquías son las siguientes: 1° Los *Embajadores; 2*° Los Ministros Plenipotenciarios o enviados Extraordinarios; 3° Los *Ministros Residentes, y 4*° Los *Encargados de Negocios.*

Los Agentes Diplomáticos inician sus funciones con la recepción de sus credenciales por el Jefe del Estado ante el cual quedaran acreditados y las mismas terminan cuando el Estado les confirió representación la revoca o bien cuando el Estado en el cual residen suspende sus relaciones con el agente o las rompe por con el Estado a quién esté representa, como sucede comúnmente en una situación de guerra.

La función especifica encomendada a los agentes diplomáticos, cualquiera que sea su jerarquía, *es la de representar internacionalmente los intereses del Estado y sus relaciones con aquél ante el que se encuentran acreditados* lo cual les da precisamente su carácter "diplomático".Por la naturaleza de su función y

---

[2] *Derecho Internacional Público* pp. 174-175, Barcelona, 1929

[3] Franz Von LISZT, ob. cit., pp. 173-174

fundamentalmente por la representación que ostenta, el agente diplomático se encuentra investido de "inmunidad", lo cual significa el goce del privilegio de *no hallarse bajo el imperio de la autoridad y las leyes del estado en que se reside.* A esta situación frente al estado ante el que ejerce su representación se le ha llamado *inmunidad o extraterritorialidad.*

La extraterritorialidad o inmunidad, comprende la *inviolabilidad personal* del agente la cual obliga al Estado de destino a otorgarle y garantizarle protección eficaz y aun castigar severamente las ofensas que se le infieran. Salvo los excepcionales casos de legítima defensa o necesidad extrema, el Estado ante el cual se encuentra acreditado no puede aprehenderlo, aunque su actividad intentara violar el orden jurídico, en cuyo caso su conducta puede originar que se le retire la confianza y se pida su destitución, o bien a que se rompan las relaciones con el y, "se la expidan sus pasaportes". La inviolabilidad del agente lo ampara, como dice Von LISZT, al igual que a cualquier otro ciudadano contra los ataques justos.[4]

La inviolabilidad, consecuencia de la inmunidad diplomática, comprende tanto la exención de la aplicabilidad, con excepciones, de las leyes civiles y penales, como la inviolabilidad del domicilio; la inaplicación de impuestos y prestaciones personales, con excepción de los impuestos territoriales, industriales y otros, cuestiones estas que pueden ser materia de acuerdos especiales, entre la libertades otorgadas a dichos agentes existe la de libre comunicación con el Estado que presentan e inviolabilidad de su correspondencia, así como el ejercicio de la jurisdicción sobre sus nacionales dentro de sus limites señalados por su propio estado de residencia.

Normalmente el agente diplomático sólo comparece como demandado ante los tribunales del estado de destino tratándose de acciones relativas a bienes inmuebles situados en su territorio, regla privativa, igualmente cuando se trata el edificio de la embajada o legación, aun cuando sobre este punto no hay unanimidad de criterio. "La presentación de una demanda o de una reconvención ante los tribunales del Estado del destinoy la contestación por el agente equivalen a la renuncia ala execión e caso concreto, hecha con la autorización de su gobierno. Sin embargo, la notificaciones deben

[4] Franz VON LISZT, *Ibídem, pp. 181-182.*

hacerse, aun en esta caso, por la vía diplomática. La rebeldía no equivale a la contestación. La ejecución forzosa es inadmisible, porque se opone a ella la inviolabilidad personal del agente de su domicilio; en cambio, es posible con relñación a inmuebles que el agente posea en el Estado de destino, y a los bienes muebles que esten bfuera de su residencia, y respecto al patrimonio que el agente posea en el Estado que representa. Esta exención sin embargo no es independencia de la ley en general, sino de las leyes del Estado de destino, con subordinación simultanea a las de su propio Estado. La exención de los tribunales del Estado su destino esta pues compensada con el principio generalmente admitido, tanto por el derecho internacional como en el derecho nacional de los Estados Civilizados, según el cual el agentes responsable de su patria, conforme a las leyes de esta, de los delitos que haya cometido y puede ser perseguido ante sus tribunales por todas sus obligaciones de Derecho privado que haya contraido".[5]

4. EL FUERO

Cuando se habla del fuero, dentro de los precisos limites del Derecho punitivo, se le da a este término una connotación diversa a la que tiene en el campo del derecho en general. Fuero es dentro del derechote aplicación del Derecho Penal, *un privilegio de la persona, en razón de la función que desempeña, frente a la ley penal.*

Fuera de su disciplina, a la palabra fuero se ha dada significado diversos, según se la refiera a la *competencia* del tribunal que debe conocer de determinados delitos; según se aluda a la *jurisdicción* del mismo, o bien se trate de la persona. Así, por ejemplo, se habla del *fuero común y fuero federal,* para referirse a la competencia especifica de determinados tribunales para conocer de los delitos cometidos, según sean estimados éstos por la ley como pertenecientes a uno u otro fuero; igualmente se habla de delitos del fuero *militar,* cuando de ellos deben conocer de los tribunales castrenses. En el Derecho administrativo en ocasiones y en forma impropia, se usa el termino

[5] Franz VON LISZT, *loc. cit.*

fuero cuando se hace referencia a determinados privilegios frente a la administración pública.

GONZALES BUSTAMANTE, al referirse al fuero, analiza las distintas acepciones de tal expresión. Afirma que en ocasiones el término *fuero* se refiere a un conjunto general de leyes dictadas en una época determinada, como por ejemplo el *fuero juzgo, el fuero real,* etc., mientras en torrase hace alusión a aquellos usos o costumbres que han dado origen al Derecho consuetudinario, o bien a situaciones de privilegio en razón el linaje de las personas, tales como exención de impuestos, mercaderes, etc., o en razón del derecho que éstas tienen para ser juzgadas por determinados tribunales creados ex profeso.[6]

Se ha discutido apasionadamente, en la doctrina constitucional, cuál es el fundamento de la existencia de los privilegios conocidos con el nombre de fuero. Hay quien opina que la razón justificada de la existencia de los mismos es, dentro del régimen constitucional republicano, *la necesidad de garantizar su existencia estableciendo un justo equilibrio entre los distintos poderes,* pues el enjuiciamiento del Congreso o de la suprema corte por "un juez común seria un atentado tan reprobado por la constitución como el proceso de la legislatura o de un Tribunal de algún Estado". Otros afirman que la razón de estos privilegios no radica en la necesidad de preservar La existencia del régimen constitucional republicano, pues en tal caso los tribunales de los poderes debían estar previstos de fuero,| lo que en realidad no sucede, debiéndose buscar, en otro argumento, la razón de la existencia de los mismos. Se pretende que ella radica en la *necesidad de perma-*

rencia de los individuos en relación a las importantes funciones que deben desempeñar y por eso, para ponerlos a salvo de ataques injustificados e impedir en esa forma las ausencias que pudieran quedar en la Administración publica, se ha creado como una garantia los privilegios derivados del anteriormente llamado fuero constitucional.

Hasta de la reforma de diciembre de 1982, los artículos 108 a 113 de la Constitución General de la Republica, consagraron el fuero constitucional, estableciendo el procedimiento a seguir para poder exigirle responsabilidad por los delitos comunes y oficiales a los altos

---

[6] *los delitos de los Altos Funcionarios y el Fuero Constitucional, p. 27, México,1946.*

funcionarios de los tres poderes de la unión. Los preseptos en cuestión declararon que los senadores y diputados del congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y el Procurador general de la republica eran responsables por los delitos comunes que cometieran durante el tiempote su cargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurrieran en el ejercito de este mismo cargo. El presidente de la República sólo podía ser acusado, durante el tiempo de su gestión por traición a la patria y delitos graves del orden común. Igualmente se declaraba que los gobernadores de los Estados y diputados a las Legislaturas locales eran responsables por violaciones a la constitución y leyes federales (art. 108).

No obstante las declaraciones anteriores, el procedimiento para exigirles responsabilidad no era el seguido a cualquier infractor de la ley penal y en ello precisamente radicaba el privilegio constitutivo al fuero. El artículo 109 constitucional declaraba: "*Si el delito fuere común, la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, declarará, por mayoría absoluta de votos del número total de miembros que la formen, si ha o no a proceder contra el acusado. En caso negativo, no habrá lugar a ningún procedimiento ulterior; pero tal declaración no será obstáculo para que la acusación continúe su curso cuando el acusado haya dejado de tener fuero, pues la resolución de la cámara no prejuzga absolutamente los fundamentos de la acusación. En caso afirmativo, el acusado queda por el mismo hecho, separado de su cargo, y sujeto a la acción de los tribunales comunes a menos que se trate del Presidente de la República; pues en tal caso sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores, como si se tratare de un delito oficial."* En cuanto al procedimiento a seguirse por la comisión de delitos Oficiales, el artículo 111 derogado prescribía "*De los delitos oficiales conocerá el Senado, erigido en gran Jurado, pero no podrá abrir la averiguación correspondiente sin previa acusación de la Cámara de Diputados. Si al Cámara de Separadores declarase por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, después de practicar las diligencias que estime convenientes de oír al acusado que este es culpable quedara privado de su puesto, por virtud de tal declaración, e inhabilitado para obtener otro por el tiempo*

Que determine la ley. Cuando el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la ley, el acusado quedara a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen con arreglo a ella. En los casos de este artículo y en los del 109, las resoluciones del Gran jurado y la declaración, en su caso, de la Cámara de Diputados, son inacatables. Se concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados y los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la federación. Cuando la Cámara mencionada declare que hay lugar a acusar, nombrara una comisión de su seno para que sostenga ante el senado la acusación de que se trate. El congreso de la Unión expedirá a la mayor brevedad una ley de responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar un permiso de los intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o a faltas serán siempre juzgados por un juzgado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el artículo 20.El presidente de la Republica podrá pedir ante la Cámara de Diputados la destitución, por mala conducta de cualquiera de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Magistrados de Circuito, de los jueces de Distrito, De los Magistrados del tribunal Superior de Justiciadle Distrito Federal y los Jueces del ordene común del Distrito Federal. En estos casos, si la cámara de Diputados, primero, y la de Senadores, después, declaran por mayoría absoluta de votos, justificada la petición,. El funcionario acusado quedara privado desde luego de su puesto, independientemente de la responsabilidad legal een que hubiere incurrido, y se procedera a una nueva designación. El Presidente de la Republica, antes de pedir a las cámaras distinción de algún funcionario judicial, oirá a este, en lo privado, a efecto de poder apreciar en consecuencia la justificación de tal solicitud."

Como se aprecia en la transcripción anterior para que los funcionarios del los poderes de la unión pudiera ser procesados por delitos del orden común, se requería la determinación en tal sentido de la cámara de Diputados, la cual erigía en Gran Jurado. La decisión de este constituia el desafuero del funcionario que quedaba, por ello, bajo el dominio de la acción de los tribunales comunes. Respecto a los delitos oficiales, era el Senado erigido en Gran Jurado, el que hacía la declaratoria de culpabilidad, cuya consecuencia era la de que el Funcionario quedara privado de su puesto e inhabilitado para obtener otro por el tiempo en que la ley lo determinara.

A pesar de que el artículo 108 transcrito se refirio a los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, colocandose en la situación privilegiada de los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los Secretarios del despacho y al Procurador General de la Republica, siendo el procedimiento previo a su enjuiciamiento penal

El mismo relacionado con anterioridad, el penúltimo párrafo del artículo 111 establecia la posibilidad de su destitución por mala conducta, lo cual llevo a Alberto Bremauntz a sugerir la reforma pertinente por estimar que "nadie puede hablar en México de independencia del poder judicial ni mucho menos de predominio 'jurisdiccional' del mismo mientras subsista el artículo 111 constitucional en sus parrafos finales, los que facultan al Presidente de la Republica para pedir ante la cámaras legislativas, la destitución por mala conducta, de los Ministros de la Corte, Magistrados del circuito, jueces del distrito y Magistrados y Jueces del tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, siguiendose un procedimiento sumarismo contra el acusado con absoluta falta de garantias de defensa para el mismo". Después de referirse a dicho procedimiento, agrega: "Como fácilmente se comprende, dicho sistema constituye en si una absoluta arbietrariedad y una injusticia para los funcionarios de la justicia, toda vez que no se consibe que los delincuentes ordinarios gocen de todas la garantias procesales que establece la constitución y en cambio los funcionarios judiciales pueden ser separados de sus puestos sometiendolos a un tribunal de conciencia, o mediante lo que se ha llamado 'juicio político' que es en realidad un sistema que los puede hacer victimas de la arbitrariedad y del error de un solo hombre, el Presidente de la Republica; y decimos de un solo hombre por que en la practica se ha visto que, en los pocos casos en que se ha aplicado dicha sanción, Las Cámaras han aprobado la petición de destitución sin objeción ni estudio, como ocurrió en la XXXV Legislativa del Congreso de la Unión de la que formamos parte, y en la cual no pudimos, algunos Diputados, ni siquiera poder usar de la palabra en la tribuna para defender a un funcionario judicial honorable, de la notoria injusticia que con el se cometio en la forma mas festinada atendiendo

las peticiones del Presidente, general Abelardo Rodríguez".[7]

Con la fecha 2 de diciembre de 1982 el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, precento iniciativa a la Cámara de Senadores, para reformar entre otros preceptos, los artículos 108 a 114 constitutivos del Título cuarto de la Carta Magna, señalando que con tal iniciativa se pretende reordenar el citado Título "estableciendo los sujetos a las responsabilidades por el servicio público (artículo 108); la naturaleza de dichas responsabilidades y las bases de la responsabilidad penal por enriquecimiento ilícito (art. 109); el juicio para exigir las responsabilidades políticas y la naturaleza de las sanciones correspondientes (art. 110); la sujeción de los servidores públicos a las sanciones penales y las bases para que no confundan su aplicación con represalias políticas (arts. 111 y 112); la naturaleza de las
Sanciones administrativas y los procedimientos para aplicarlas (art. 113); y, finalmente, los plazos de prescripción para exigir responsabilidades a servidores públicos (art. 114)". La iniciativa alude a que "preserva principios y procedimientos constitucionales para determinar las responsabilidades de los servidores públicos: el juicio político, sustanciado en el congreso de la Unión, el procedimiento ante la Cámara de diputados para proceder penalmente contra los altos funcionarios públicos, durante el ejercicio de sus encargos a los que hay que ofrecer una protección constitucional para que la acción penal no se confunda con la acción política, y la sujeción a responsabilidades civiles de todo servidor público durante el ejercicio del empleo, cargo o comisión".

Con fecha 22 de agosto de 1996 se publicaron, en el *Diario Oficial de la Federación* reformas a diversos artículos del Titulo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, declarando el nuevo texto del artículo 108, ahora vigente que "*Para los efectos de las responsabilidades a que alude este titulo se reputará como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión a cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores del Instituto Federal Electoral, quienes serán responsables de los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones* ", señalando el

[7] *Por una Justicia al servicio del Pueblo, pp. 68-69, Ed. Casa de Michoacán, México, 1995.*

mencionado precepto, en sus párrafos siguientes, que el Presidente de la Republica, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, que los gobernadores de los estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y en su caso, los miembros de los consejos de las Judicaturas Locales, serán responsables por violaciones a la constitución y las Leyes Federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, y que las constituciones de los estados de la Republica precisarán, en los mismos términos que el párrafo primero del articulo 108 transcrito, y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores público de quienes desempeñen el empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios.

Con independencia de la procedencia del *juicio político,* para imponer las sanciones que precisa el artículo 110 constitucional a los servidores públicos que este mismo precepto señala, y que consisten cargos o comisiones, y del procedimiento a seguirse a tal fin, el artículo 111 de la propia constitución, en lo que a la materia compete, textualmente expresa: "*Para proceder penalmente contra los Diputados y*

Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los Consejos de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, Los Jefes de Departamento Administrativo, los diputados a la asamblea del Distrito Federal, el jefe de Gobierno del distrito federal, el Procurador General De Justicia del Distrito Federal, así como el Consejo Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, Por la Comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado, Si la resolución de la Cámara fuese negativo se suspenderá el procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continué cuando el inculpado haya incluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación. Si la cámara declarara que ha lugar a proceder, el sujeto quedara a disposición de las de las autoridades competentes para que actué con

arreglo a la ley. Por lo que toca al presidente de la Republica, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable. Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los Gobernadores de los Estados, Diputados Locales, Magistrados de los tribunales superiores de justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en esta artículo, pero en este supuesto la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda. Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados o Senadores son inatacable. El efecto de la declaración, de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté a proceso penal. Si este culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su funcion. Si la sentencia fuese cndenatoria y se tratade un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá el reo la gracia del indulto. En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá la declaración de procedencia. Las sanciones penales se aplicaran de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita. Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados"

Otras disposiciones constitucionales, relacionadas con responsabilidades del orden penal son las contenidas en el articulo 112 y en el párrafo segundo del artículo 114, el primero que *excepciona de la de-*

Claración de procedencia de la Cámara de Diputados a los servidores Públicos que cometan algún delito durante el tiempo en que se encuentren separados de su encargo, en tanto el segundo determina que la responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo de su encargo, por cualquier servidor público será *exigible de acuerdo con los plazos de preinscripción consignados en la ley penal*, que nunca serán inferiores a tres años en la inteligencia de que dichos plazos se

interrumpirán mientras el servidor público desempeña alguno de los encargos que hace referencia al artículo 111.

Ahora bien, las sanciones aplicables por las *responsabilidades políticas* en que incurren los servidores públicos, consisten en *destitución e inhabilitación* "para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público", y para su aplicación, la cámara de diputados procederá a la acusación respectivamente la cámara de senadores, previa declaración de la *mayoria absoluta del número de los miembros presentes en sesión,* después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado de sentencia, aplicando las sanciones correspondientes mediante resoluciones de las dos terceras partes de los Miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.

En cuanto a las *responsabilidades administrativas,* el artículo 109 fracción III, de la Constitución de la Republica, determina que se aplicaran sanciones de índole administrativa a los servicios públicos "*por los actos y omisiones que afectan la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones*". El mismo precepto determina que los procedimientos "*para la aplicación de las sanciones mencionadas se desarrollarán autónomamente*", pero "*no podrán oponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza*", agregando el dispositivo en cuestión que "*las leyes determinaran los casos y las circunstancias en los que se deban sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivo del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia licita no pudiesen justificar . Las leyes penales sancionaran con decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan(…)".*

Consecuentemente, quede claro que de acuerdo con la constitución son distintas las responsabilidades de orden político , administrativo y penal, mereciendo sanciones de diferente naturaleza para los servidores públicos que en ellas se incurran.

Con fecha 31 de diciembre de 1982 y fe de errastas del 10 de marzo de 1983, se publicó en el D*iario Oficial de la federación la nueva ley*

Federal de Responsabilidades de los servidores públicos, la cual tiene por objeto la reglamentación del Titulo Cuadrado Constitucional, al que nos hemos venido refiriendo , ordenamiento aqúel que precisa los sujetos de la responsabilidad en el servicio publico , las responsabilidades y sanciones administrativas, así como las que se deban resolver mediante juicio político, precisando las autoridades competentes y los procedimientos a seguirse para declarar la procedencia del procedimiento penal de los servidores públicos que gozan de fuero.

Tales materias se encuentran reguladas en 4 Títulos y 90 artículos.

El Titulo Segundo precisa los sujetos, las causas del juicio político y las sanciones a aplicarse, materias que en términos generales quedaron ya precisarlas al ocuparnos de los diversos artículos que integran el Titulo IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El titulo Tercero se ocupa de los sujetos del servicio publico y las obligaciones del servidor público, así como de las sanciones administrativas y de los procedimientos para aplicarlas , en tanto el Titulo Cuarto se limita a, regular el registro patrimonial de los servidores públicos .

En cuanto a la materia penal interesa, el llamado Fuero se encuentra regulado dentro del Capítulo iii del Titulo Segundo de la citada ley, por cuanto el articulo 25 de la misma prescribe que cuando se presente denuncia o querella por particulares o requerimiento del Ministerio Público, cumplidos los requisitos procedí mentales respectivos para el ejercicio de la acción penal , “a fin de que pueda procederse penalmente en contra de algunos de los servidores públicos a que se refiere el primer párrafo del articulo 111 de la Constitución General de la Republica, se actuara en lo pertinente ,de acuerso con elpr5ocedimiento previsto en el capitulo anterior en materia de juicio político ante la Cámara de Diputados. En este caso, la sección instructora practicará todas las diligencias conducentes a establecer la existencia del delito y la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita. Concluida esta averiguación, la sección dictaminará si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado . Si a juicio de la Sección, la imputación fuese notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato a la Cámara, para que éste resuelva si se continua o desecha , sin prejuicio de reanudar el procedimiento si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen . Para los efectos del primer párrafo de este articulo , la sección deberá rendir su dictamen en el plazo de sesenta días hábiles, salvo que fuese

necesario disponer de más tiempo a criterio de la Sección. En este caso se observaran las normas acerca de ampliación de plasos para la recepción de pruebas en el procedimiento referente al juicio político ” . Realizado lo anterior, según prescribe

El artículo 26 de la propia ley, dada cuenta del dictamen correspondiente, el Preidente de la Camara anunciará a ésta que debe erigirse en Jurado de procedencia la dia siguiente a la fecha en que se hubniese depositAado el dictamen,haciendolo saber al inculpado y a su defensor , asi como al denunciante , al querellante o l Ministerio Publico en su caso. Según resa el articulo 28 de dicho Ordenamiento,” Si la Camara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el incumplido este quedara inmediatamente separado de su empleo , cargo o comision y sujeto a la juridiccionb de los tribunales cxompetentes.En caso negativo, no habra lugar a procedimientos ulterior mientras ubsista el fuero , pero t6al declaracipon no cera obstáculo para que el procedimiento continue su curso cuando el servidor pubico haya concluido el desempeño de su empleo , cargo o comisión. Por lo que toca a Gobernadores , Diputados a las Legislaturas locales , y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados a quienes se les hubiere atribuido la comision de delitos federales, la declaraciopn de procedencia como corresponda y , en su caso, ponga al inculpado a disposición del Ministerio Publico Federal o del órgano jurisdiccional respectivo”.

N Por ultimo, el articulo 29 se ocupa del caso de e xcepcion en que se sigue proceso penal a un servidor publico de los mencionados en el articulo 111 constitucioinal, sin haberse satisfecho el procedimiento establecidoen el propio capituloa que nos venimos refiriendo , en cuyo caso “ la Secretariá de la misma Camara o de la Comision Permanebnte librara oficio al juez o tribunal que conosca de la causa a fdin de que suspenda el procedimiento en tanto se plantea y resuelve si hay lugar a proceder”.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL FUERO

Naturaleza jurídica del fuero. Establecido con prcision que el fuero no equivale a inmunidad o inviolabilidad, por no constituir una excepción al carácter de generalidad de la Ley Penal , al radicar su esencia en un privilegio de la naturaleza procesal que

impide la actuacionm al juez, habremos de afirmar que el fuero se identifica con un requisito procesal .
Nada impide que satisfechas las exigencias del previo desafuero o permiso para proceder judicialmente contra el acusado, derivado de la determinación del órgano expresamente facultado por la ley, el hecho punible pueda ser conocido por los Tribunales competentes y dar fundamento a la aplicación de la pena. Por ello nos afirmamos en

la idea de que tal permiso previo, necesario a la actuación del órgano jurisdiccional no es si no *un requisito procesal* que detiene o impide la aplicación de la ley pero no la excluye.

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

BREMAUNTZ, Alberto: *Por una justicia al Servicio del Pueblo,* Ed. Casa de Michoacán , México,1995; DEL ROSAL, Juan: *Derecho Penal* (Lecciones), Valladolid, 1954; LISZT, Franz VON: *Derecho Internacional Público,* Barcelona, 1929; GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José: *Los delitos de los altos funcionarios y el Fuero Constitucional,* Ediciones Botas, México, 1946.

CAPITULO VI

EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES

SUMARIO

1. Concepto.-2.Su ubicación de la sistemática de la parte general.-3.Principios elaborados para la solución del concurso ideal.-5.El principio de la especialidad.-6 El principio de la consumación o absorción.-7. El principio de la subsidiaridad- 8.El principio de la alternatividad.

1.-CONCEPTO

Una de las instituciones de mas interés y utilidad para la aplicación de las normas penal la construyen el *concurso aparente de leyes* o normas, también llamado *conflicto de leyes o concurrencia de normas incompatibles entre si,*[1] cuyo estudio y desarrollo es de época reciente, pues de ordinario se le confundía con el concurso formal o idea del delito. Se afirma la existencia de un concurso aparte de normas penales *cuando la solución de un caso concreto parecen concurrir dos o manormas de uno o varios ordrnsmirntos vigente en un mismo lugar y tiempo* .El problema consiste en dilucidar *cual norma debe aplicarse con exclusión de las demás.* Tal conflictos puede surgir entre normas tipificadotas de conductas o hechos delictivos; entre normas de la parte general de los Códigos, o bien entre las primeras y las segundas.

GRISPIGNI se refiere a la designación "conflicto" explicado que el ordenamiento jurídico, ya sea explícita o implícitamente ofrece el criterio para determinar la aplicabilidad de una u otra de las disposiciones concurrentes, por lo cual tal conflicto es sólo "aparente".[2]

Con relación al concepto, Federico PUIG PEÑA precisa la existencia de un *curso de leyes* cuando una *misma acción cae bajo la esfera de dos conceptos legales reguladores, excluyéndose el uno al otro en su aplicacion*[3].

---

[1] Termino usado por Celestino Porte Petit, A*puntes de la Parte General del Derecho Penal, i, p.172, México, 1959.*

[2] Diritto Penal Italiano I,p. 415, 2º edición ,Milano,1947.

[3] Derecho Penal, II, p. 293, Madrid 1955.Al ocuparse de la *determinación* de la ley aplicable , RODRIGUEZ MOURULLO hace observar que en ocasiones un determinado comportamiento

CUELLO CALON se refiere igualmente al *concurso de leyes* afirmando existe cuando *a una misma acción son aplicables dos o mas precepto penales que se excluyen entre si recíprocamente.*[4].Para Celestino PORTE PETIT, la institución se presenta cuando una materia se *encuentra disciplinada por dos o mas norma incompatibles entre si.*[5].

2. SU UBICACIÓN EN LA SISTEMÁTICA DE LA PARTE GENERAL.

El concurso aparente o concurrencia de normas incompatibles en que si se coloca generalmente dentro del estudio de las *formas de aparición del delito* y concretamente en los *concursos de delitos.* Tal es el sistema seguido en Alemania por Edmundo MEZGER,[6] en España por CUELLO CALON[7] y PUIG PEÑA [8] y en México por VILLALOBOS Y CASTELLANOS TENA [9]. Otros prefieren ubicarlo dentro de la *teoría de la Ley Penal,* como GRISPINGI [10] en Italia y

---

resulta "a primera vista comprendido en varias disposiciones legales" cuando una de los mismos "capta por completo el contenido de ilicitud y culpabilidad del hecho ",concurso de leyes denominado en la doctrina "aparente" o "impropios" por ser solo aplicable una de dichas leyes al desplazar a las demás ,ejemplificando con relación a la codificación española el caso de la madre que mata al hijo recién nacido para ocultar su deshonra, hecho que puede quedar comprendido en los artículos 410-405, el primero referente al infanticidio y el se hundo al parricidio , pues aisladamente recogen el hecho de dar muerte al recién sacudió .Ello sin embargo no implica la aplicación de ambas normas ,conjuntamente ,pues la madre no realiza al mismo tiempo el delito de infanticidio más otro de parricidio , siendo en estos casos misión del interprete "precisar la relación existente entre la disposiciones legales que ocurren y en consecuencia , determinar casi de ellas resulta aplicable y cuales desplazadas". *Derecho Penal. Parte General , pp. 114-115, Ed. Civitas, Madrid , 1978* , Primera reimpresión.

[4] *Derecho Penal* , I, p. 576, 9º edición 1963.

[5] Ob. cit.,I, pp.576 y ss.

[6] *Tratado de Derecho Penal*. II,pp.379 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado, 10º edición., México, 1976.

[7] Ob. Cit.,pp. 576 y ss.

[8] Ob. Cit., II.,pp. 293 y ss

[9] *Lineamientos E elementales de Derecho Penal.,* pp. 298-299, Editorial Porrua, 10º edicion , México, 1976.

[10] Ob. Cit., I,pp. 414 y ss.

Porte Petit[11] en México. JIMÉNEZ DE ASÚA [12] se adhiere a este último criterio por estimarlo el correcto.

En realidad no hay razón justificante para el primer punto de vista, supuesto que la concurrencia de normas es un problema de simple *aplicación de la ley,* en el cual el concurso es inexistente. GRISPING, aceptando la sistemática correcta hace notar que la expresión "concurso de leyes" es ciertamente impropia , pues en realidad no se trata de un concurso sino a lo mas de la "concurrencia " de una norma con otra , existiendo en ambas la pretensión de regular el caso concreto.[13]

3. PRINCIPIUOS ELABORADOS PARA LA SOLUCION DE LA CONCURRENCIA DE NORMAS

Felipe GRISPINGI señala que puede arribarse a la solución de la concurrencia de normas mediante la aplicación de los principios de *especialidad,* de *consunción* y de *subsidiaridad.*[14] JIMENEZ DE ASÚA se refiere a los mismos principios , a los cuales agrega el de *alternatividad..* [15] SOLER precisa su número en 3: exclusividad, *especialidad* y *subsidiaridad (*expresa o tacita),[16] mientras MEZGER proclama sólo dos: el de *especialidad* y el de *consuncion.*[17]ANTOLISET reduce tale principios uno solo: el de la *especialidad.*[18]

4. EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y EL CONCURSO IDEAL

Como se vera mas adelante, en el Titulo relativo alas *formas de aparición del delito,* el concurso *formal* o *ideal* supone

---

[11] Ob. Cit., I, pp.101 y ss.
[12] *LaLley y el delito , pp.154 y ss., 2º edición ,Editorial Hermes, 1954.*
[13] Ob. Cit., I. p. 415.
[14] *Loc. Cit.*
[15] *Ob. Cit.,* pp.157 y ss.
[16] *Derecho Penal Argentino*, II, p. 175, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1951. El problema del concurso de leyes es tratado, por el autor , dentro de las *relaciones de las figuras penales*
[17] *Tratado,* II, pp. 380 y ss.
[18] Sul concurso apparente di norme. Scritti di Diritto Penale, pp. 260-261, Milano, 1945, Cfr. PORTE PETIT, Ob. Cit., I, pp, 189-190.

necesariamente la concurrencia de normas *compatibles entre si*; de tal manera se habla de *unidad* del delito en virtud de que la conducta o el hecho caen bajo una *pluralidad* de sanciones, teniendo por ello, como lo empresa SOLER un encuadramiento múltiple".[19]

En el llamado concurso aparente de leyes, según lo ha precisado MEZGER, el punto de partida coincide con el concurso ideal, pues en la misma acción unitaria concurren varias leyes penales (tipos penales), diferenciando ambos, sin embargo, en que el primero "una de las leyes penales desplaza y excluye de antemano a la otra. Por ello se habla también en ocasiones de ˙concurso ideal aparente '; *parece,* en primer término, que ala acción hay que aplicarse al mismo tiempo varias leyes penales, mientras que, en v*erdad* uno de los puntos de vista jurídicos es consumido totalmente por el otro, y, en consecuencia, sólo se aplica en realidad a la situación fáctica *una de las leyes penales* ".[20]

5. PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD

Pretende encontrar el fundamento de la *exclusión* de las normas no aplicables, en el carácter de *especial* que con relación a aquellas tiene La que abra efectivamente de regular el caso concreto. *Lex specialis derogat legi generali* , es decir, la ley especial excluye a la ley general por ser de estricta lógica que la regla especial predomina sobre la general. POTER PETIT señala como ejemplos donde fusiona esta principio, el delito de parricidio (articulo. 323) con relación al homicidio (articulo. 302) y el de infanticidio,
(articulo 325) respecto al propio homicidio.[21]

Los ejemplos anteriores nos sirven para establecer la diferencia entre la *ley general* y la *especial* , pues tal habrá de ser la cuestión ha determinar previamente por el observador de los efectos de la ampliación de la ley. Una norma tiene carácter especial con relación a otra cuando *contiene todo los elementos de esta y además otros que te otorgan preferencia en su aplicación*.

JIMENEZ DE ASÚA, reduciendo el ámbito de aplicación del principio a las normas en sentido restringido o tipos penales, establece el concepto en los siguientes términos:" Se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hayan en relación de general y especial, cuando los dos requisitos del tipo general están todos contenidos, en el

---

[19] Ob. Cit., I, p. 175
[20] Ob. Cit., II, pp. 379-380.
[21] *Ob. Cit*., I , pp. 105.

especial , en el que figuran otras condiciones clarificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. Las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas; pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, y en este último caso pueden ser posterior tanto la ley general como la especial. Pero es preciso que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, por que, en el supuesto contrario, no seria un caso el concurso, sino que representaría un problema en orden a la ley penal en el tiempo.[22]. Para RODRIGUEZ MOURULLO la relación de *especialidad* supone que la calificada como disposición penal especial, produce las características de otra disposición penal general", a las que añade todavía ulteriores notas individualizadoras y ejemplifica razonando, en relación a la legislación española que el infanticidio del articulo 410, contiene todas las características parricidio del articulo 405, " a las que suman otras mas especificas (sujeto activo solo puede ser la madre o los abuelos paternos; sujeto pasivo solo el hijo o el nieto recién nacido; el móvil ha de ser el de ocultar la deshonra, etc.).El criterio redentor es el de que la ley especial deroga a la general. En el ejemplo expuesto la figura del infanticidio (ley especial) desplaza a la del parricidio(ley general) . El fundamento del principio *lex especialis deroga legi generali,* radica en que la ley especial recoge un mayor numero de peculiaridades del hecho" (Ob. cit., p.115).

En la legislación mexicana si bien no había encontrado admisión expresa el principio de especialidad, pues los códigos de 1871 y de

1929, al igual que el actual de 1961 , solo remitían a la ley especial cuando se trataba de delitos no previstos con ellos al ser adicionados el articulo.6º con un segundo párrafo de reza: "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general", se consagra en lo relativo a la concurrencia de normas incompartibles el referido principio de especialidad, según se vera mas adelante.

6. PRINCIPIO DE LA CONSUMACION O ABSORDION

[22] *Ob. Cit*., p.160.

La opinión mayoritaria de la doctrina pretende ver la operancía del principio cuando la situación regulada de una norma queda comprendida en otra de alcance mayor, de tal manera que esta excluye la aplicación de aquella. En esta posición se coloca JIMENEZ DE ASÚA: " Este principio –señala- ejerce su i9mperio cuando el hecho previsto por una ley o una disposición legal esta comprendido en el tiempo descrito en otra, y puesto que esta es de amplio alcance, se aplica con exclusión de la primer."[23] POTER PETIT abunda en tal opinión al expresar."Nosotros pensamos que , basandonos en los casos en que pueda presentarse la concurrencia de normas incompartibles, debe darse al principio de consumación la amplitud . Por tanto existe el principio de consuncion o absorción , cundo la matreria o en el caso regulado por una norma, subsumidos en otra de mayor amplitud".[24]

Asi enunciado el principio (lex consumens deregad legi consutae) parece confundirse con el de especialidad y por ello Bon HIPPEI le nego susbtactivilidad propia. JIMENEZ DE ASÚA , quien llama la atención sobre este particular, olvida el problema y se limita a refwerirse a las do especies de consumación (delito progresio y delito complejo) a que los autores se refieren(casos señalados por GRISPIGI dejando sin contestación el interrogante planteado.

Nos parece acertado el criterio de MEZGER, compartido por PUIG PEÑA ,[25] que ve en la relacion valorativa el factor decisivo para establecer la procedencia de una norma ante la otra . [26] "Cuando una ley

-dice MEZGER-, que conforme a su propio sentido incluye ya para si el desvalor delictivo de la otra, no permite por ello la aplicación de esta ultima y la excluye, el fundamento que justifica dicha exclusión no lo suministra la relacion logica de ambas leyes entre si, sino mas bien el

---

[23] Ibidem, p.161.
[24] Ob. Cit., I , p. 106.
[25] Ob. Cit., II , pp. 294-295
[26] Semejante criterio sigue SOLER,al señalar que la exclusion no se produce enrazon de que los valores sean equivalentes," sino que, al contrario, en uno de ellos hay una valoración francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la fgigur mas grave realizada cumplidamente la funcion cognitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo. Los casos se de consuncion revisten la mayor importancia y etan constituidos por aquellas situaciones en las cuales la ley, expresa o tácitamente, da por sentado que cuando se aplique determinado tipo de delito, por el han de entenderse consumidas otras faces de la accion realmente sucedidas y punibles, con forme a otro o al mismo tipo. Ello sucede en los casos en los cuales las figuras tienen una relacion de menor a más, de parte a todo, o de imperfección, o de medio o de fin conceptualmente necesarios a presupuestos" . Ob. Cit., II , p. 180.

propio sentido de la misma con arreglo a una interpretación valorativa".[27]

Tal forma de presisar el funcionamiento de la consuncion se hace patente en le homicidio consumado con relacion a las lesiones. Igualmente en la tentativa de homicidio con las propias lesiones, excluyendo el primer tipo la aplicación del segundo, en virtud de que la interpretación valorativa en el caso concreto llega a establecer presedencia de la figura mas amplia (tentativa acabada de homicidio) que absorbe a la menor de las lesiones.[28]

7.PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIARIDAD

Adquiere realidad o funcionamiento este principio cuando la ley o disposición tiene carácter subsidiario respecto de otra, en cuyo caso esta excluye la aplicación de aquella. [29] Tal principio se expresa asi: lex primaria derogat legi subsidiarae.

Enunciado el principio surge el problema de establecer cuando una norma tiene carácter subsidiario respecto de otra. Sobre esta cuestion, JIMENEZ DE ASUA nos ilustra presisando que una ley tiene tal carácter con relacion a la principal "cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violencia del mismo bien juridico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbio por esta".[30]

27

28

29

30

TEORÍA DEL DELITO

Cia tanto federal como .loca, en el cual se establecian las normas de careacter general, el legislador habia recogido, en el articulo 59, el criterio de la *sanacion mayor* al declarar: "*Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o mas aspectos ,y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor ".* Ahora bien, a virtud de la reforma al articulo 6, se derogo en forma expresa el articulo 59 mencionando ,lo cual reafirmo el criterio interpretativo de que el articulo 6 consagraba el *principio de la especialidad,* el cual comprendió a nuestro entender, de igual manera los casos *de cosumancion.* Parecía ser de primera intención, que no solo la deficiencia estructural del articulo59 derogado, sino igualmente su contenido ideológico , había sido superado por el párrafo segundo del articulo 6n del citado código. En efecto ,en cuanto a su redacción, el articulo 59 dejaba mucho que de crear, pues no era el *delito* el que reciba diverso tratamiento al ser captado por dos o mas normas, sino el *hecho* ejecutado y respecto del cual el jurista debía , al aplicar la ley, encuadra en la norma tipificadora adecuada para los efectos de su sanción .La cuestión que surgió en su momento , con la creación del texto del articulo 6 , fue la de considerar si dentro del concepto de ley especial debía captúrese también aquella ley que por su mayor entidad *valorativa* consumía a la de menor alcance, ya que de ser así, como lo consideramos oportunamente , el principio de *especificidad* , acogido en la norma penal comprendida también la noción de la *consunción* o *absorción.* El criterio de la *pena mayor* hubiera podido seguir siendo valido , apoyando en el de la especialidad , cuando las normas en concurrencia hubieran permitido, mediante dicho principio , la aplicación de la pena mas grave . Desde el punto de vista *objetivo* , se vino diciendo que en el pasado que el criterio de la sanción mayor constituya una limitación a la regla de estar a lo mas beneficioso el acusado, afirmación inadecuada si se considera que el principio, "*in dubio pro reo ",* opera esencialmente en el ámbito de las normas procesales.

El nuevo Código penal para el Distrito Federal, del año 2002, en el capitulo IV del Titulo de su Libro Primero, referente a la *ley penal* se ocupa del "*concurso aparente de norfmas"*en su articulo 13, de la siguiente manera : "Articulo 13 (*principio de especialidad, consunción*

subsidiaridad).*cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones: I la especial prevalecerá sobre la general ;M II. La mayor protección al bien jurídico absorberá ba la de menor alcance; o III La principal excluirá a la subsidiaria".*

La regulación en nuestro derecho positivo del llamado "concurso aparente de normas", que en la doctrina alemana se contempla como c aso de *unidad de la ley* resulta toda una una novedad, pues por primera ves un código penal tratara de legislar sobre4 esta materia. En realidad, el articulo 13 arriba trascrito se limita a enunciar los criterios ya co-

nocidos y explorados por la doctrina como aplicables a los casos en que " *una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones"* , correspondiendo lógicamente al jusgador la responsabilidad de precisar cuando el caso particular una norma tiene carácter especial con relación a otra u otras y por ello preferencia en su aplicación ; *o protege mayor mente al bien jurídic*o y por dicha razón absorbe a la de menor alcance, o en fin, tenga en el caso particular la calificación de "*principal"* y por ello excluya ala subsidiaria . Dudamos por ello que el precepto aludido resulte en algo útil y orientador al interprete y al aplacador de las normas precisamente por limitarse simplemente a dar cuenta cuentas de los aludidos principios ya conocidos ampliamente en la doctrina en la que las cuestiones que suscita la concurrencia de normas de naturaleza incompatible han sido calificadas como " altamente políticas ".

Sobre el particular, Federico PUIG PEÑA precisa que en realidad no se trata de una excepción al principio de estarse a lo mas beneficioso al acusado sino de una manifestación legal del "verdadero sentido que deben tener las normas punitivas", ya que si existe duda respecto a la responsabilidad de una persona es cuando el principio citado "por que a la sociedad no le queda ningún escrúpulo frente al que ha violado la paz y la tranquilidad ".

En realidad, el principio de la especialidad puede no concurrir con el criterio de la aplicación de la sanción mayor , pues ello dependerá , fundamentalmente , del alcance punitivo de las normas en concurrencia incompatible .

BIBLIOGRAFIA MINIMA

CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Jurídica mexicana , 1965; CUELLO CALON.Eugenio: Derecho Penal, I, 9ẽdición, 1963;GRISPINGNI, Felipe: *Diritto Penale Italiano*, I ,2 ẽd. Milano ,1947: Jiménez SDE ASUA , Luis :la *Ley y el Delito* , EDITORIAL Hermes 2° edicion , 1954; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,II,* Ed. Revistas de derecho privado Madrid ,1957,Trad. RODRIGUEZ MUÑOZ; PAVON VASCONCELOS, Francisco : *El concurso aparente normas,* Edirtorial Porrua , cuarta edición , Mexico,1984 ; PORTE PETIT CELESTINO: PUIG PEÑA ,Federico: Derecho Penal,II ,Madrid ,1955; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal* Argentino , II, editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires , 1951.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DEL DELITO. SUS ELEMENTOS Y ASPECTOS NEGATIVOS. LOS SUJETOS Y OBJETOS

SUMARIO

1. Introducción-2. Concepto jurídico del delito.-3 Concepciones totalizadora y analítica del delito.-4. Diversas definiciones sobre el delito.-5. Aspectos negativos del delito.-6. La apelación lógico entre los elementos del delito.-7. El sujeto activo.-8. El sujeto pasivo.-9. Clasificación del delito en orden a los sujetos.-10. El objeto.

1. INTRODUCCIÓN

El delito, a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración *jurídica,* objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el *hecho humano* contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos más antiguos castigaron los *hechos objetivamente dañosos* y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre o una bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración *subjetiva* del lecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva.

Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento como la filosofía y la sociología. La primera lo estima como una violación de *un deber, necesario para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal,* mientras la segunda lo identifica con una *acción antisocial y dañosa.*

GARÓFALO estructura un concepto de *delito natural*, viendo en él *una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste*

en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) , *según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.* Tal concepto mereció justificadas críticas. Aunque GARÓFALO trató de encontrar algo común al

hecho ilícito en todos los tiempos y lugares , de manera que no estuviera sujeto a la constante variedad de su estimativa según la evolución cultural e histórica de los pueblos, su empeño quedó frustrado, pues su concepto del delito resultó estrecho e inútil.

CARRARA, con su concepto de "ente jurídico" distinguió al delito de otras infracciones no jurídicas y precisó sus elementos más importantes. Lo consideró 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".*[1] De esta definición destaca, como esencial, que el delito es una *violación a la ley,* no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra no *dictada precisamente por el Estado,* con lo cual separa , definitivamente, la esfera de lo jurídico de aquellas otras pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta ley se dicta en consideración a la *seguridad* de los ciudadanos. Al precisar que tal violación debe ser *resultado de un acto externo del hombre,* CARRARA excluye de la tutela penal al pensamiento y limita el concepto de acción al acto realizado por el ser humano, único dotado de voluntad, acto de naturaleza positiva o negativa, con lo cual incluye en la definición la actividad o inactividad, el ser o el no hacer, en fin la acción o la omisión, formas de manifestación de la conducta. La *imputabilidad moral* fundamenta la responsabilidad del sujeto y, por último, la calificación de *dañosa* (políticamente) da su verdadero sentido a la infracción de la ley y la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada.

2. CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO

Olvidando casi el positivismo, los estudiosos del Derecho Penal volvieron los ojos a la dogmática , único camino eficaz para encontrar y elaborar una verdadera teoría jurídica del delito.

---

[1] Programa, Parag. 21

Aunque en algunos Códigos se ha pretendido dar una definición del delito, como en el del Distrito Federal, en el cual se le hizo consistir en el *acto u omisión que sancionan la leyes penales* (artículo 7) , tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitario, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de ser , como toda definición ,una síntesis incompleta.[2]

[2] CENICEROS Y GARRIDO, La ley Penal Mexicana , p. 39. México, 1934.

Segundo Tribunal Colegiado del Decimo Primer Circuito. Amparo directo 171/89. Fallado el 8 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretario: Gustavo Solórzano Pérez. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la federación*, Octava Época, Tomo IV, Segunda Parte-2, Página 729 (IUS: 227748). "LEGITIMA DEFENSA, CUANDO NO OPERA LA EXCLUYENTE DE. No opera la excluyente de legitima defensa, si el inculpado pudo prever la agresión del ofendido y evitarla, con solo no presentarse en el lugar de los hechos, si con anterioridad se dio cuenta del estado de excitación y agresividad dela victima y si sabia, además, que en esas condiciones, era sumamente peligrosa y capaz de agredir sin motivo."

Amparo directo 8078/61. Fallado el 10 de septiembre de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario Judicial de la federación, Séptima época, volumen* LXIII, segunda parte, pagina 44 (IUS: 260112). "LEGITIMA DEFENSA DE TERCERO. La excluyente de responsabilidad relativa a legítima defensa de un tercero, se surte cuando alguien, en auxilio de otro, interviene para contrarrestar una agresión actual, violenta y sin derecho. Y si la agresión no era actual, sino que había cesado, faltando esa condición no podrá registrase una conducta licita de quien, después del ataque que tuvo un resultado fatal, se dispone a intervenir contra el que lo produjo."

Amparo penal directo 1337/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 13de febrero de 1954. Unanimidad de cinco votos. Relator: Edmundo Elorduy. Primera Sala, *Seminario Judicial de la federación,* Quinta Época, Tomo CXIX, pagina 3481 (*IUS*: 2966562).

"LEGITIMA DEFSA DE TERCERO (LEGISLACION DE HIDALGO). Si el acusado produjo el disparo que lesiono y privo de la vida

a la victima en los momentos que esta, empuñando una pistola, trataba de lesionar a una pariente de aquel, que tenia cogida dicha pistola por el cañón y lo mismo, al obrar en esa forma, el acusado, de acuerdo con su confesión calificada, lo hizo en defensa de la persona de su pariente, repeliendo la agresión a este, actual, violenta, sin derecho y de la cual le resultaba un peligro inminente, en consecuencia, al caso debió aplicarse el articulo 12, fracción III, del código de Defensa Social del Estado de Hidalgo.

Amparo directo 1130/60. Justino López Vera. 3 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Primera Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XL, Segunda parte, pagina 52(*IUS*: 261408).

"LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR NO CONFIGURADA. Tratándose de la excluyente de legitima defensa del honor, debe decidirse que no se ofende el honor o se hiciere la dignidad personal del ser humano y menos aun se ataca esa dignidad, si la victima (estando separada del esposo), se encuentra conversando en la calle y al pleno luz del día con un desconocido, por lo que si el agente lo priva de la vida, no obra justificadamente defendiendo su honor, ni tampoco amerita atenuación de penalidad, por no haber sorprendido a su mujer en actos próximos al yacimiento infiel."

Amparo directo 1986/74. Fallo el 13 de febrero de 1975. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Abel Huitron: Disidente: Ernesto Aguilar Álvarez. Primera Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 74, Segunda Parte, pagina 27(*IUS:* 235640).

"LEGITIMA DEFENSA DEL PATRIMONIO. Es innegable el derecho que se tiene a la defensa del patrimonio, ya que todos los bienes pueden defenderse; pero por ello no debe entenderse de forma ilimitada, pues para que el acto defensivo quede cubierto por la excluyente, se requiere que sea necesario y proporcionado, por lo que de lo contrario, se convertiría, de un instituto eminente jurídico, en una medida de sacrificios brutalmente absurdos, como ocurre en el supuesto en que el ofendió sea privado de la vida por haber tomado del comercio propiedad del inculpado, tal vez con el propósito de pagarlo, un bien de poco monto; por lo que ante esta situación, no se puede proclamar lisa y llanamente que por ese hecho opere a favor del inculpado la excluyente de responsabilidad de legitima defensa de sus bienes o de su localidad."

Amparo directo 6042/83. Fallado el 13 de enero de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Primera Sala, *Seminario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volúmenes 181-186, Segu7nda Parte, pagina 65 (*IUS:* 234244).

BIBLIOGRAFIA MINIMA

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano,* II, Robredo, México, 1950; CARRARA, Francisco: *Programa del Curso de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, 10ª edición, 1857; FONTAN BALESTRA, Carlos*: Derecho Penal*, 3ªedicion, Buenos Aires, 1957; LISZT, Franz Von: *Tratado de Derecho Penal,* I, Madrid, ed. 1955. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ; MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal*, I, Bogotá, 1954; MEZGER, Edmundo: *Tratado de derecho penal*, I, Madrid, 1955.Trad. José Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ; PORTE PETIT, Celestino: Problemática de la Defensa legitima o real. Rev. Jurídica Veracruzana, XIII, Jalapa; SOLER, Sebastian: Derecho Penal Argentino, I, Buenos Aires, 1951; VILLALOBOS, Ignacio: Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa. S.a., Mexico.1960.

CAPITULO XIII

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION
EL ESTADO DE NECIDAD

SUMARIO

1. Concepto.- 2. Historia.- 3. Teorías que pretenden fundamentar el estado de necesidad.- 4. Extensión del estado de necesidad.-5. Elementos del estado de necesidad.-6. Extensión del estado de necesidad en la ley.-7. Diferencias del estado de necesidad con la legítima defensa.-8. El exceso en el estado de necesidad.-9. Casos de estados de necesidad regulados expresamente en la ley.

1. CONCEPTO

El estado de necesidad caracterizase por ser una *colision de intereses* pertenecientes a distitos titulares; es *una situación de peligro sierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprecindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.* Para algunos no constituye, por cierto, un derecho, si no un acto que entraña ataque a bienes jurídicos protegidos y justificado en la ley ante la imposibilidad de usar otro medio practicanle y menos perjudicial. las diversas definiciones sobre el estado de

necesidad, destacan con carácter esencial la *situación de peligro.*

Jose ALMARAZ lo estima "una situación de peligro actual, grave e inminente, que forza a ejecutar una acción u omisión delictuosas para salvar un bien propio o ajeno". VON LISZT lo considera "una situación de peligro actual a los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".

2. HISTORIA

Las *leyes de Manu* regularon algunos casos de estados de necesidad: el robo defamelico y el falso testimonio, el primero para superar el

---

[1] Tratado Teórico y Practico de Ciencia Penal, II, p. 547, México, 1948.

[2] Tratado de Derecho Penal, II, 352, Madrid, 3ª edición. Trad. Luis JIMENEZ DE ASUA.

Peligro representado por el hambre y el segundo como medio de salvación de un Brahaman.[3]

Algunas leyes romanas, como la *Aquilea y la Rodia de Jactu,* se refirieron a estados de necesidad, [4] autorizando los daños a la casa vecina como medio para salvar la propia, así como la pérdida de la mercadería, mediante su abandono en el mar, cuando se trataba de evitar el naufragio del barco.

El principio de que la necesidad no tiene ley, dice CARRANCÁ Y TRUJILLO, fue esencial en el Derecho germánico, el cual "amparó estados de necesidad principalmente relativos a viajeros, indigentes y mujeres embarazadas. En el derecho canónico se reconoció, asimismo, amplísima justificación a la necesidad: *quod non est licitum necessitas facit licitum".* [5]

Las partidas, en sus libros 12 y 8, Títulos 15 y 27, respectivamente, recogieron dos casos de estados de necesidad: el que autorizaba a destruir la casa del vecino para evitar la propagación del fuego que amenazaba destruir la casa propia y el apoderamiento de lo necesario, sin mandato del dueño, para calmar el hambre, situación también recogida en el artículo 166 de la constitución Criminal de La Carolina (1532).

3. TEORÍAS QUE PRETENDEN FUNDAMENTAR EL ESTADO DE NECESIDAD

*a)*Los antiguos juristas, como PUFFENDORF, trataron de encontrar el fundamento de esta justificante en el llamado derecho natural,

estimando que la necesidad rebasa los límites del derecho positivo, creando un criterio *extrajurídico* al negar toda validez al ordenamiento positivo.

*b)*Cabe mencionar, dentro de una orientación subjetiva, la teoría de la violencia o *coacción moral*, acogida principalmente por FEUERBACH y FILIANGIERI, la cual pretende fundamentar el estado de necesidad en la *coacción* que sobre la voluntad del hombre produce la amenaza del mal actual o inminente.

Las leyes, argumentan FILIABGIERI, no pueden sancionar a quienes no llegan al heroísmo, a pesar de su pretensión de inspirar la perfección moral.[6] FEUERBACH, apoyándose en KANT, considera a la necesidad como el origen de una coacción de naturaleza irresistible, impulsora del hombre para realizar el acto ofensivo al bien ajeno. Justificase el resultado a virtud de que el autor fue constreñido por la propia necesidad, constitutiva de una fuerza irresistible, de tal manera que al ac-

---

[3]José AlMARAZ, *Tratado*, II, P. 547.

[4]Federico PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, I, p. 407, Madrid, 1955.

[5]*Derecho penal Mexicano*, II, p. 86, Robredo, 3ª edición, México, 1950.

[6]Cit. por PUIG PEÑA, *ob. cit*., I, p. 410.

tuarar no tuvo libertad de escoger libremente su proceder, faltando la posibilidad de elección. esta fundamentación, opina ALMARAZ, confunde el estado de necesidad con la coacción, tratándose de cuestiones diversas, pues en ésta el sujeto se ve obligado a obrar sin tener otro camino que el seguido, en tanto en la necesidad puede abstenerse de seguir ese único camino y sacrificar el bien amenazado, ya por respeto a la ley o al derecho de otro.[7]

*c)*Otra teoría, estima inútil la represión del mal causado bajo el estado de necesidad, considerando que el hombre, al actuar, se ve obligado, para evitar un mal de carácter *inmediato*, a causar daño a otro bien ajeno, sin que al hacerlo se vea intimidado por la amenaza de la pena, la cual constituye un *mal remoto*. en esa virtud, no existe utilidad práctica en la represión, pues la sanción no cumple su finalidad y la pena, resultando inútil, es injustificable.[8] SOLER encuentra el origen de este criterio en Manuel KANT (*Apéndice a la Introducción al Derecho. Jus necesitatis*), para quien la necesidad en forma alguna hace legal lo injusto, pero el *mal inseguro,* representado por la amenaza de la pena, carece de poder intimidatorio para el que sufre un peligro inmediato constitutivo de un *mal seguro,* en esas condiciones, el sujeto siempre desobedecería y ello que no hace, a quien obra en estado de necesidad, inocente del mal causado, sí lo hace impune por no poderse mantener una sanción que en ningún caso sería justificada.[9]

*d)*Los juristas alemanes han acudido al principio de la *valuación de los bienes jurídicos,* como razón de la exclusión de la antijuridicidad en el estado de necesidad, precisando el ámbito de éste, como causa

justificante, cuando el bien jurídico lesionado es de menor valor al salvado.

El derecho punitivo, a través de los tipos penales determina los bienes jurídicos dignos de tutela; las acciones encaminadas a su violación o puesta en peligro adquieren el sello de loa antijurídico, mas

---

[7]*Tratado*, II, p. 549.

[8]Véase PUIG PEÑA, *Ob. cit.,* I, p. 410.

[9]Derecho Penal Argentino, I, p. 420. Buenos Aires, edición 1951. JIMÉNEZ DE ASÚA, al ocuparse de los criterios o teorías sobre la *naturaleza jurídica del estado de necesidad,* específicamente con referencia a las que proclaman la *inutilidad práctica de la represión,* las que amalgaman las opiniones de quienes creen hallar en el estado de necesidad el elemento de antijuricidad, pero estiman que debe quedar impune, hace directa referencia al pensamiento de KANT, afirmando que corresponde al filósofo de Könisberg la más exacta formulación del asunto. "Se ocupa del delito necesario dentro del capítulo que designa con el título de 'derecho ambiguo' (*Zeideutige Recht*) en el que trata de la equidad que es derecho sin coacción y de la necesidad que es coacción sin derecho. a su juicio la 'necesidad no hace legal la injusticia'; pero el mal inseguro que es la pena no tendría poder coactivo para el que se encuentra ante el mal seguro proveniente del peligro inmediato. El necesitado no puede decirse que sea inocente, sino 'incastigable' ya que sería inútil mantener una sanción para respaldar un precepto que no sería obedecido. Concretamente se refiere KANT, al caso del náufrago que arroja al mar a otro para ocupar su puesto en el bote y salvarse. En tal caso, ni aun la pena de muerte podría obrar sobre su ánimo con mayor fuerza que la amenaza de ahogarse". *Tratado,* IV, p. 333, Editorial Losada, Buenos Aires, 3ª edición, 1976.

esto, como piensa MEZGER, no puede impedir que en ocasiones dos bienes jurídicos entren en conflicto. Éste, aclara el mismo autor, se origina cuando la realización de una conducta, "si bien salvaría un bien jurídico, produciría contemporáneamente la destrucción de otro".[10] en esas condiciones y como la solución del conflicto no puede deducirse de los tipos penales, pues éstos se limitan a proteger *uno* de los bienes en colisión, debe acudirse al criterio de la *valuación* de dichos bienes, por tratarse de valores de naturaleza jurídica que guardan entre sí determinada *relación valorativa*,[11] de manera que "*el valor de menos* importancia debe ceder el paso al más relevante…".[12] teniendo presente el carácter *objetivo* de lo antijurídico, el criterio de valuación antes mencionado tiene la misma naturaleza. "*El principio de la valuación de los bienes jurídicos* es, en sí –dice textualmente MEZGER-, sólo de carácter formal. Pero como tal es imprescindible, teniendo en cuenta la necesidad absoluta de una neta delimitación de las causas que excluyen el *injusto*. *La apreciación valorativa material* que a consecuencia de aquel carácter formal queda aún por hacer, se llevará a cabo con otros medios jurídicos de auxilio. *Ante todo* se realizará teniendo en cuenta las valoraciones de los bienes jurídicos que se deducen de *la ley*, como la que se desprende, por ejemplo, de la gravedad de las penas con que se sancionan los diferentes delitos; pero, en segundo término y en los casos en que este criterio legal no nos conduzca a la meta deseada, con arreglo a consideraciones 'supralegales', pero *siempre jurídicas*, tomando en consideración las *concepciones culturales* de índole general y, en último, la *idea misma del Derecho*".[13]

4. EXTENSIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD

Del criterio analizado, relativo a la valuación de los bienes en conflicto, derívanse dos situaciones: o el bien salvado representa *mayor* valor respecto al sacrificado, o el salvado es de *igual valor* al lesionado. En el estado de necesidad, como *causa justificante*, el hombre se ve obligado, para salvar un bien propio o ajeno, al sacrificio de un interés tutelado jurídicamente, pero en la relación valorativa entre ambos bienes, el salvado tiene *mayor preponderancia* sobre el sacrificado. Así, quien penetra a la casa vecina sin autorización y se apodera de un extinguidor para combatir el incendio declarado en la casa propia, ha invadido o allanado la morada ajena, realizando el apoderamiento

_____

[10] *Tratado,* I, p. 464.
[11] *Tratado,* I, p. 465.
[12] *Loc. cit.*
[13] *Tratado,* I, pp. 465-466.

de un bien sin consentimiento del dueño, sacrificando intereses jurídicos ajenos para salvaguardar un bien jurídico propio de mayor valor en su objetividad. En el famoso caso de la tabla de Carneades, invocado en la doctrina para establecer la existencia de un estado de necesidad en el cual los bienes en conflicto son de igual valor, el náufrago que sacrifica a su compañero de infortunio, para salvar su propia vida, no comete delito por haber actuado ante una situación de peligro grave e inminente que le impuso, como único medio practicable para salvar la vida, el sacrificio de la vida ajena, pero en este ejemplo, objetivamente analizado, es evidente la antijuridicidad del hecho, aun cuando su carácter delictuoso se excluya por funcionar un aspecto negativo diverso como es la inculpabilidad por estado necesario. De allí que la doctrina haga hincapié en la importancia de la comparación estimativa de los bienes en conflicto, para determinar la operancia del estado de necesidad como causa de justificación o de inculpabilidad. La primera situación se presenta cuando el bien sacrificado es de menor valor al bien salvado, en tanto habrá ilicitud o antijuridicidad en el hecho cuando el interés sacrificado sea de igual o de mayor valor al salvado. VILLALOBOS, al ocuparse de la naturaleza del estado de necesidad, termina afirmando que la justificación proviene de la "racionalidad y conveniencia de proteger el interés más valioso y, por tanto, la excluyente existe lo mismo para salvar la propia vida que para la conservación de cualquiera otra clase de bienes jurídicos, siempre que el daño causado sea menor".[14]

Despréndese de lo anterior, como lo ha puesto de manifiesto SAUER, que el criterio de diferenciación que atiende al valor de los

bienes en conflicto, hace operar el estado éste debe ubicársele como una causa de inculpabilidad, posición por ahora dominante en la doctrina y en la cual se apoyan, entre otros, FRANK, OLDSHAUSEN, GRAF ZU DOHNA, MAURACH y WELSEL.

José ALMARAZ, refiriéndose a la doctrina alemana, sintentiza el conflicto de intereses en estos dos casos: 1. Cuando el conflicto se presenta entre bienes de valor distinto, en cuya situación es justo, el sacrificio del bien de menor valor, pues el sistema punitivo es justo, el sacrificio del bien de menor valor, pues el sistema punitivo, ante la imposibilidad de conservar ambos bienes, opta por la salvación del más valioso a expensas del otro, y 2. Cuando el conflicto surge entre bienes iguales, en el cual apúntanse tres soluciones diversas: una de ellas reconoce la injusticia del sacrificio de un bien para salvar el de idéntico valor; la segunda afirma la impunidad debido a que la ley no puede exigir el heroísmo, en tanto la última apela al "carácter extrajurídico e indiferente para la ley del conflicto". Un grupo reducido de autores acude a

---

[14] *Derecho Penal Mexicano*, p. 368, Editorial Porrúa, S. A., México, 1960.

La negación de la naturaleza justificante, proponiendo el criterio de la *excusa absolutoria.* para el mencionado autor, en el estado de necesidad "la ley se inclina ante la fuerza de los hechos, renuncia a exigir el cumplimiento de sus mandatos y tácitamente reconoce como fundamento de esta posición… lo imperativo del instinto de conservación, común a todos los hombres. la impunidad se funda en la falta de peligrosidad del agente (por el fin perseguido y la índole de los motivos): aplicarle una pena seria inútil y contraproducente. Tanto en la legitima defensa como en el estado de necesidad, aparece como punto capital la conservación de la persona: en la primera mediante la defensa y en el segundo mediante el ataque"15

5. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Las definiciones apuntadas sobre la justificante y específicamente la formula recogida por el articulo 29, fracción V del Codigo,16 revela que en su integración concurren los siguientes elementos:

a) La *existencia de un peligro real, actual o inminente*. El peligro o situación de hecho que entraña amenaza de un mal, debe ser *real*, lo cual descarta la posibilidad de esgrimir la justificante tratándose de males *imaginarios* o que el sujeto haya creído posibles. Esta exigencia legal implica una *valoración objetiva,* acorde con la naturaleza de todas las justificantes, lo cual se confirma cuando la propia ley exige actualidad o *inminencia* en el peligro, circunstancias igualmente objetivas al implicar contemporaneidad entre la necesidad y el peligro.[17]

La gravedad de este establece un *criterio de valuación* para determinar el funcionamiento de la causda de justificación para construir, en algunos códigos, la figura del exceso. tal carácter se vincula con las circunstancias concretas de hecho y la peculiar situación del sujeto, las cuales en cada caso serán apreciadas por el juez, desde un punto de vista objetivo, para hacer funcionar o excluir la integración del estado necesario.

como norma genérica se ha establecido, tradicionalmente, la inexistencia de la obligación, para quien sufre la amenaza del aml, de soportar el peligro, con la exepsion a lo cual habremos de referirnos. la parte final de la fracción V del articulo 29, excluye la operación del

estado de necesidad para quien *tenga el deber jurídico de afrontar el peligro,* limitación fundada en la obligación impuesta por la ley, entendida en su mas amplia expresión y derivada de la libre manifestación de voluntad contenida en la aceptación del empleo o cargo. Conviene hacer hincapié en que, el deber de afrontar el peligro, no puede estimarse absoluto, encontrando su límite allí donde, la imposibilidad del ejercicio del deber impuesto, hace de todo *inútil* el propio sacrificio, pues aun los peligros obligatorios, como lo pone de manifiesto VILLALOBOS,18 "deben sufrirse dentro de limites razonablemente humanos".

b) Que ese peligro recaiga en bienes jurídicos. El dispositivo de la ley exige la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno, mas no debe entenderse el precepto con carácter limitativo. Algunos han visto en la expresión "bien" un termino cuyo alcance debe ser restringido a la connotación dada para el mismo en la legislación civil; otros, tratando de concordar el texto de la ley, con la naturaleza propia de la justificante, extienden su significado mas allá de su contenido civil. VILLALOBOS estima que tarándose de u precepto penal, debe ser interpretado de acuerdo con los fines y preocupaciones del Derecho Penal y en tal sentido, como tutela de bienes jurídicos de intereses sociales, se comprenden en dicho termino tanto la vida como la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc., de manera que cuando el estado de necesidad surge, es posible la salvación de cualquier bien jurídico con sacrificio de otro de igual valor.19

c) Que *el peligro no haya sido provocado dolosamente por el agente.* ANTOLISEI, al referirse a los requisitos de la situación de

peligro estima precio que no haya sido causada voluntariamente por el agente, argumentando que se esta en el caso de excluir el funcionamiento de la justificante cuando el propio sujeto ha determinado la situación de peligro mediante una acción consistente y voluntaria.[20]

si bien la mayor parte de los autores parece mostrarse de acuerdo con ese punto de vista, excluyendo la posibilidad de la integración del estado necesario cuando la situación de peligro ha sido provocada dolosamente, no sucede los mismo respecto a la *provocación culposa,* estimándose injusto no hacerlo funcionar para quien mediante un acto imprudente, imprevisor o negligente, origino la situación de peligro.

"Es bien sabido –dice PORTE PETIT- que sobre el particular no hay unanimidad. Unos consideran que un sujeto no puede acogerse al estado de necesidad cuando el peligro se ha provocado dolosa o culposamente. Otros, sostienen que no le aprovecha cuando el peligro lo ha provocado tan solo dolosamente, o sea que cabe cuando la provocación es culposa. En México, el Código penal de 1931 no se refirió a

fuego a sus existencias para cobrar un seguro y luego se hallara amenazado por las llamas, ejemplo en el cual, según su opinión, habría de justificar los medios de salvamento, "pues sólo con criterios bárbaros podría sostenerse que tal incendiario, cogido en su propia trampa, debiera perecer allí por carecer de justificación para romper una puerta o una vidriera de propiedad ajena que le impidiera el paso... ".[24]

d) Que *se lesione otro bien de menor valor que el salvaguardado.* La consecuencia lógica del conflicto o colisión de bienes se traduce en la salvación del bien en peligro a expensas del sacrificio de otro de menor valor al salvado, siendo evidente que la superación del peligro sólo puede obtenerse lesionando un bien jurídico ajeno. La misma acción motivada en un estado de necesidad, lo ha determinado claramente VON LISZT, se presenta como salvaguarda de los intereses propios (también los ajenos en el auxilio legítimo), puestos en peligro inmediato, "por medio de una lesión de los intereses legítimos de otras personas".[25]

e) Que *no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro.* La exigencia legal hace *inevitable* el uso del medio y la lesión del interés ajeno, lo cual significa *imposibilidad de superar el peligro de manera diversa.* En efecto, no de otra manera puede interpretarse la expresión usada por la fracción V del artículo 15 del Código penal Federal, en el sentido de que la operancia del estado de necesidad, al lesionar un bien jurídico de menor o de igual valor al salvado, queda *siempre* condicionada a que *el peligro no sea evitable por otros medios* y el agente *no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.*

En este sitio resulta prudente hacer notar que en ocasiones el sujeto puede caer, subjetivamente, en el *error* sobre los elementos que

hacen posible su actuación dentro de la necesidad justificante, como ocurriría, por ejemplo, cuando se aprecia desproporcionadamente la gravedad del peligro o éste, al amenazar bienes jurídicos propios o de terceros, pareciera hacer preciso el empleo de determinados medios que posteriormente y de manera objetiva resultaren inadecuados al causar un daño más grave que aquel que hubiera causado al concretarse el peligro característico de la justificante. Tales errores, de ser superables por cuanto el sujeto agresor podía haberse percatado de la existencia de otros medios a los empleados y suficientemente idóneos para superar el peligro a los empleados por él y menos perjudiciales, darían origen a una culpabilidad culposa, que nuestro código federal prevé en su artículo 16, según veremos más adelante. Cuestión diferente es el caso de que los medios aptos y menos dañosos se hubieran previsto y la persona necesitada considerara, bajo un *error invencible,*

[24] *Ob. cit.,* p. 377.
[25] *Tratado de Derecho Penal,* n, p. 352.

que la ley lo *facultaba* para emplear unos u otros medios, situación que podría considerarse inmersa en un *error invencible de prohibición indirecto o error de permisión.*[26]

6. EXTENSIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN LA LEY

El artículo 15, fracción V, del Código Penal Federal, alude al estad: de necesidad al expresar: "El delito se excluye cuando: V. *Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que, el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".* Del texto legal se infiere: *a)* que se hace extensiva la operancia de la excluyente cuando se salvan bienes jurídico *propios* o *de terceros,* liquidándose así los problemas de interpretacion originados en aquellas legislaciones que silencian la extensión del estado de necesidad respecto a las personas, y *b)* Que el estado de necesidad opera como *causa justificante* y de *inculpabilidad,* pues no se limita su funcionamiento a los casos de conflicto entre bienes de distinto valor, pudiéndose sacrificar bienes de igual entidad. Ello supene, para construir la noción de la causa de justificación por estado de necesidad no perder de vista el criterio de la *valuación de los bienes* en conflicto.

7. DIFERENCIAS DEL ESTADO DE NECESIDAD CON LA LEGÍTIMA DEFENSA

Ya el genio de CARRARA había intuido, en forma admirable, la fundamental diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, pues mientras aquélla se caracteriza por ser una "reacción" (defensa) la segunda constituye una "acción" que implica *ataque* a bienes jurídicos.

Una segunda diferencia entre ambas justificantes se establece respecto a la naturaleza del conflicto en el estado de necesidad surge entre *intereses legítimos,* esto es, entre bienes tutelados por la ley, en tanto en la legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado y cuya[26] situación cambia radicalmente en el Código Penal del Distrito Federal, pues éste en su artículo 83 *in fine,* referente al *exceso* en las *causas de licitud,* señala que *"Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V Y VI del artículo,* 29 *de este Código, se le* impond*rá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito".* La nueva ley, correctamente omite remitirse, para la punibilidad en el *exceso* en el estado de necesidad a las penas correspondientes a los delitos culposos, por no tener el referido exceso ninguna similitud a dicha forma de culpabilidad.

Conservación hace necesaria la repulsa, sólo existe el interés ilegítimo del agresor.

8. EL EXCESO EN EL ESTADO DE NECESIDAD

Dentro de la fórmula legal del *estado de necesidad* se comprende, con el tratamiento al cual nos referiremos posteriormente, el *exceso,* al exigirse en la fracción V del artículo 15 del Código Federal, que el peligro que lo caracteriza *"no sea evitable por otros medios* ", lo que con evidencia implica la *inexistencia de otro medio practicable y menos perjudicial,* como lo expresaba el texto legal derogado. Ahora bien, el texto original que recogía, como *excluyente,* el estado de necesidad en el código penal, no previó la posibilidad de sanción especial para el *exceso, en el estado de necesidad,* solución que en cambio sí acogieron otros textos legales, como la ley positiva de Michoacán, en su artículo 61, y los anteproyectos de códigos penales en 1949, 1958 Y 1963, entre otros. Sólo a partir de la reforma penal de 1984, vino a acogerse la figura del *exceso,* con tratamiento punitivo especial, en su artículo 16, precepto que se modificó en la reforma de 1994, para quedar actualmente como sigue: "Artículo 16. *Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un in derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo* 15, *se le impondrá la pena del delito culposo".* Ya hemos anotado antes que la nueva legislación penal del Distrito Federal, superó el tratamiento .dado al exceso de las justificantes, en el Código Federal, por cuanto ~n su artículo 83, párrafo tercero, señala la imposición de la cuarta ?<ir te de las penas correspondientes al delito de que se trate, evitando J.5í la anterior fórmula que remitía, a la punibilidad del delito culposo, :ales casos de exceso.

El *exceso* supone el peligro pero también la causación de un daño-- mayor al indispensable, el cual puede originarse en una actitud *dolosa* e simplemente *culPosa* del agente a virtud de su falta de previsión. De illí que]IMÉNEZ DE AsÚA precise también, para integrar el estado de uecesidad, la *proporcionalidad* que debe existir entre el daño causado '" el valor del bien salvado. "No puede autorizarse -expresa- que un comerciante que viaja a. bordo del buque que amenaza naufragar, tra:e de salvar sus mercancías arrojando al agua- pasajeros de la nave para .Iiviar el peso evitando que se hunda".[27]

---

[27] *Ob. cit.,* p. 336.

9. CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD REGULADOS EXPRESAMENTE EN LA LEY

El artículo 148 del Código local señala, entre los abortos *no punibles,* el practicado a la mujer embarazada como medida *necesaria* ante el peligro de afectación grave a su salud de no realizado, ello a opinión del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora. Claramente se advierte que aquí se recoge un caso específico de estado de necesidad. El conflicto de bienes surgido con motivo de la situación de peligro, característico de lajustificante, entre la vida transitoria del producto y la de la futura madre, se resuelve en la ley mediante el criterio de la *preponderancia de intereses,* admitiendo el sacrificio del bien menor, representado por la vida del feto, para salvaguardar la vida de la mujer. La muerte del producto de la concepción es *lícita,justificada* en la ley, en virtud del estado de peligro corrido por la futura madre, requiriéndose únicamente que el juicio del médico que la asista se apoye en el dictamen de o tr'o , de ser esto posible y no peligrosa la demora, con lo cual preténdese acreditar indubitablemente la necesidad de la práctica del aborto. Nuestra opinión, expresada anteriormente,[28] sobre lo innecesario del precepto comentado, coincide con la deJosé ALMARAZ al expresar: "En esta colisión de intereses (las vidas de la madre y el niño), la ley se pronuncia por el de la madre, que estima mayor: pero el dictamen del facultativo no es de aceptación obligatoria para los padres. De modo que-.es.t~preceEto más bien se refiere al médico que opera en caso de urgencia: las circunstancias especiales, que caben dentro de la fórmula general del estado de necesidad, lo eximen de responsabilidad. Como caso incluido en la fracción IV, nada se perdería con su supresión".[29]

Otro caso que había sido regulado en la ley penal de 1931 y que se conservó durante largos años vigente, pues aún tiene vida jurídica en el artículo 379 del Código Penal Federal y que fue suprimido en la legislación del Distrito Federal, lo es el llamado en la doctrina *robo necesario* o de *indigente,* conocido tradicionalmente como robo de famélico. En nuestros "Comentarios de Derecho Penal" expresamos que su justificación se encuentra en la esencia del estado de necesidad; en aquella *situación de peligro* que lleva al sujeto a sacrificar un bien jurídico para salvaguardar el de mayor entidad igualmente tutelado. Ante

la situación de peligro en que colisionan el bien patrimonial y el de la vida, el Derecho, que no es sino expresión cultural en un momento determinado, excluye la antijuridicidad de la conducta, es decir, la -

---

28 Lecciones de Derecho Penal, p. 221, Ed. Porrúa, México, 1965.

29 Tratado. n, pp. 553-554.

declara lícita, conforme a la ley desde su nacimiento mismo. En el robo de indigente efectivamente hay una lesión a los derechos reales de propieda<;i, posesión o uso, pero la conducta del agente es lícita por encontrarse justificada en la ley, siendo ésta la que da el carácter jurídico o antijurídico a un proceder humano".[30]

El artículo comentado no sólo resulta inútil, en atención a la existencia de la norma del artículo 15, fracción V del Código Federal, reguladora del estado de necesidad, sino que por su estructura establece una indebida limitación al funcionamiento de la justificante general, pues como con razón aduce ALMARAZ, "la justificación vale una sola vez; de modo que en la próxima necesidad el sujeto debe dejarse morir de hambre o sufrir una pena, como consecuencia de un estado quizá más grave que la anterior".[31] En manera alguna es convincente el argumento de CARRANCÁ YTRUJ1LLO que pretende, como solución, la aplicación de la excluyente general en la hipótesis de la repetición del robo al persistir la necesidad, pues un segundo apo-deramiento sería ilícito en atención a la restricción impuesta por el artículo 379. En otro sitio afirmamos el hecho, a nuestro juicio incontrovertible, de la regulación en el artículo indicado de un estado de nec<:sidad, "puesto que ante el conflicto surgido entre dos bienes tu-telados por el Derecho, se ha optado por el sacrificio del menos valioso, aunque limitando la licitud del ataque al patrimonio, a los casos comprendidos en el precepto. La existencia de esta norma *particular* por encontrarse referida al delito de robo, y la *general* prescrita en el artículo 15, fracción IV, hace surgir un *concurso aparente de normas,* o como bien dice PORTE PETIT, un conflicto de normas incompatibles entre sí, problema que debe resolverse mediante el principio de la *especialidad* con la aplicación de la norma contenida en el artículo 379".[32]

---

[30] *Comentarios de Derecho Penal,* pp. 43-44. Ed. Porrúa. México, 1977.

[31] *Tratado,* n, p. 553.

[32] F. PAVÓN VASCONCELOS, *Comentarios de Derecho Penal,* pp. 45-46. La mencionada causa de justificación dejó de tener vida al entrar en vigor el Código Penal del Distrito Federal del año de 2002, que la suprimió por considerar innecesaria su regulación en la parte especial, referente a los delitos en particular. Hemos de entender que la comisión de un robo de tal naturaleza, de darse en la vida real, quedaría inmerso den la fórmula genérica del estado de necesidad contemplado en el artículo 29, fracción V, del citado ordenamiento punitivo. Por otra parte, el robo, como otros delitos patrimoniales, que se precisan en el artículo 248 del nuevo ordenamiento penal del Distrito Federal no recibe sanción alguna cuando se cometa *sin violencia física* o moral y *no intervengan dos* o *más personas,* siempre que el delincuente sea *primerizo* y *restituya el objeto del delito,* satisfaciendo los daños y perjuicios que hubiere causado o, en su caso, cubra el valor de los objetos y los daños y perjuicios antes de que el Ministerio Público ejercite acción penal en su contra.

JURISPRUDENCIA[33]

"ABORTO, INEXISTENCIA DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD POR ESTADO DE NECESIDAD EN EL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). La excluyente de responsabilidad por estado de necesidad, prevista por la fracción **111** del artículo 343 del Código de Defensa Social del Estado de Pueble, como todas las de su especie, se configura cuando la realización de la conducta típica, en este caso el aborto, se produce ante una situación de peligro actual, grave e inminente, como la muerte de la madre, que sólo puede resolverse en esa forma, es decir, provocando la muerte del producto de la concepción, porque únicamente por esa vía es dable salvar la propia vida de la madre; de manera que si no se actualizan los elementos que típicamente la integran, no surge esa causa de inexistencia del delito, máxime si no se justifica el sacrificio del bien jurídico tutelado por el artículo 339 de la legislación en comento para salvar otro también protegido por la ley penal."

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 44/90. Fallado el14 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario Armando Cortés Galván. Tribunalt;s Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo VIII-Noviembre, página 142 *(IUS: 221272).*

"BIENES, DEFENSA DE LOS (ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE). El aseguramiento de bienes que es una diligencia por sí misma legal, mientras no haya prueba en contrario, no representa un acto de peligro para los mismos bienes, que autorice la salvación de ellos dándole muerte al embargan te."

Amparo penal directo 6355/51. Fallado el15 de noviembre de 1952. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre 9-el ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CXIV, página 334 *(IUS: 297313).*

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad, es una condición que debe interpretarse en el sentido de que la salvación de la persona o de los bienes hace indispensable la ejecución de un acto que por sí mismo sería delictuoso; es decir, que por cuanto a la conducta desplegada por el activo, no ha de existir otro medio más práctico y menos perjudicial que el que eligió para ponerse a salvo de la situación de necesidad que invoca; por lo que debe decirse que si no aparece que el inculpado haya mencionado tal circunstancia dentro del proceso correspondiente ni prueba alguna que válidamente la suponga, la excluyente resulta inoperante."

'Amparo directo 2971/75. Fallado el 7 de noviembre de 1975. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Véase: *Apéndice* de jurisprudencia 1917-1975, tesis 133, Segunda Parte"página 278. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 83, Segunda Parte, página 25 *(IUS:* 235363). .

---

33 El térmIno jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciaIes, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad es una situación de peligro, real e inminente, para un bien jurídicamente protegido (o pluralidad de bienes), que se salvaguarda mediante la destrucción o menoscabo de otros, siendo éste, el único recurso practicable como menos perjudicial."

Amparo. directo 658/69. Fallado el 20 de junio de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Véase: Tesis de jurisprudencia número 129, *APéndice* de jurisprudencia 1917-1965, Segunda Parte~ página 264. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 6, Segunda Parte, página 21 *(/US: 237003).*

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. Si en el caso se acusa al inculpado de haber prestado auxilio o cooperación a su coacusado para la comisión del delito de fraude, por haberse prestado a cobrar cantidades de dinero mediante documentos falsificados por éste; pero el inculpado aduce que el era ejidatario (lo que no está en discusión), y que el coacusado era analista almacenista de las bodegas rurales de Conasupo, S.A. de C.V., y que su función era comprar maíz, y que dicho coacusado lo amenazó con no comprarle su maíz, por lo que tenía que prestar a los pagadores de Conasupo dos comprobantes de supuestas ventas de maíz, con cuyo importe el coacusado lucró con el fraude, y la sentencia reclamada dice al respecto que la aseveración del inculpado no es de aceptarse, porque bastaría haber hecho el asunto del conocimiento de los superiores del coacusado para que se le hubiera recibido el maíz, debe decirse que, en nuestro medio, no es del todo razonable suponer que un campesino carente de educación piense que puede evitar la amenaza de una persona a quien ve como funcionario del gobierno, de no comprarle su maíz si no accede a sus peticiones, mediante el camino de acusar a dicho funcionario con sus superiores, pues por una parte no hay elementos para suponer que le era conocido razonablemente el camino procesal para hacer tal denuncia, ni de que tuviera los medios para sustentarla con pruebas suficientes, con lo que no podía probar nada y si se expondría a represalias. y, por otra parte, es más que razonable suponer que pudo pensar que de seguir tal camino quedaba sujeto a males mayores por parte de quien le compraba oficialmente sus cosechas. En estas condiciones, la consideración de la sentencia reclamada se encuentra dentro de un rigorismo lógico-legal que está muy fuera de nuestra realidad. De todo lo que se sigue que el inculpado resulta protegido por la excluyente prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, ya que es razonable admitir que actuó como lo hizo para salvar su patrimonio de un peligro que para él era real y grave, pues para él podría ser muy grave y muy real el peligro de no vender sus cosechas de maíz, y más si no hay prueba alguna de que, atento el medio en que vivía y atento su nivel de educación, así como su nivel económico, hubiera realmente podido considerar que había para él otro medio practicable de evitar el mal, como era formular y sustanciar con éxito una acusación con tra el encargado de las compras de sus cosechas en las bodegas rurales de Conasupo, S.A. de C.V., que a los ojos de un ejidatario tienen lógicamen-

te cariz de autoridad. Pues no bastaría con acusar, sino que tendría que probar su acusación. Y todo ello se corrobora si el coacusado afirma que el inculpado lo ayudó, pero nada dice de que haya habido entre ellos un acuerdo para cometer el delito, sino que de su declaración se desprende todo lo contrario, ya que sólo aparece que le pidió el servicio de cobrar los documentos y de autos aparece que le pagó solamente el tiempo que perdió en ello. En efecto, si el coacusado se limita a decir que el inculpado le hizo el servicio de cobrar los documentos falsificados, pero sin aportar ningún elemento que pudiera indicar un acuerdo previo o posterior entre los dos para cometer el delito de fraude, no hay tampoco elemento alguno que desvirtúe la confesión calificada del inculpado, en el sentido de que fue amenazado para realizar el servicio pedido En consecuencia, debió absolverse de responsabilidad al inculpado."

Amparo directo 7153/80. Fallado el26 dejunio de 1984. Cinco votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Sala Auxiliar, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Época, Volúmenes 181-186, Séptima Parte, página *212 (IUS: 245453).*

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. Dada la presencia de la hoy occisa en el domicilio de la acusada; su actitud violenta, injuriosa y amenazante, existía lo que Abarca titula la forma subjetiva del estado de necesidad, al esperar, fundadamente la hoy procesada, el que la hoy occisa cumpliera amenazas que hizo saber a aquélla; y no es jurídico obligar a una persona en tales condiciones, que quien injustamente pretende causar un daño, obtenga los medios idóneos para ello y realice su propósito criminal. La violación del domicilio, unida a la actitud violenta y a la expresión de frases injuriosas, motiva el temor fundado de que esa persona irrumpa a la habitación que ocupa la" futura víctima, y le cause el daño con que amenaza; esto, psicológicamente, hace jurídica la actuación del coaccionado, que prevé como próximo el evento y que baJo ese ambiente actúa."

Amparo penal directo 6770/48. Fallado el 20 de enero de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombr~ del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CIU, página 563 *(IUS: 300245).*

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. Si por una imprudencia del chofer y su ayudante, se incendió el camión que tripulaban, y el chofer, en vez de tratar de salir por la puerta y facilitar así la salida de los pasajeros, se arrojó por la ventanilla, dejando abandonado el vehículo, tales datos hacen probable la responsabilidad de los hoy quejosos, en los hechos delictuosos que se les imputan, y en lo que concierne a la excluyente de responsabilidad caso de necesidad, que se deduce por vía de agravios, no resulta fundado, toda vez que los hoy quejosos, atentos los cargos de chofer y ayudante del camión que tenían, estaban obligados a soportar los riesgos, en casos análogos al ocurrido."

Amparo penal en revisión 6360/48. Fallado el 30 de marzo de 1950. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombr~ del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CUI, página 3067 *(IUS: 300526).*

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden naturalo de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción o la omisión delictiva para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo, y es fácil concluir que el reo que perseguía a un homicida no obró en estado de necesidad al I]J.atarlo a su vez, al ser atacado por él, porque no estaba en presencia de un peligro real grave, inminente e inevitable de otro modo, que pudiera producirle un miedo grave o el temor fundado irresistible a ese mismo peligro, pues con el simple hecho de desistir de su propósito en la captura del criminal y esperar a que la efectuara la autoridad, evitaba cualquier peligro en su persona o en la de.su acompañante."

Amparo penal directo 803/52. Fallado el 20 de abril de 1955. Mayoría de tres votos. Disidentes:JuanJosé González Bustamante y Mariano Azuela. Ponente: Ángel Gonzá}ez de la Vega. Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CXXIV, página 268 *(IUS:* 384621).

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE. El estado de necesidad como exculpante presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados que imp~ne el sacrificio de uno para que pueda subsistir el otro."

Sexta Epoca: Amparo directo 4050/56. Fallado ello de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1866/57. Fallado el 9 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2758/59. Fallado el 30 de julio de 1959. Cinco votos. Amparo directo 3685/58. Fallado el 7 de septiembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5613/60. Fallado el 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Primera Sala, *Apéndice* 1917-1995, Tomo 11, Primera Parte, tesis 149, página 85 *(IUS:* 390018).

"ESTADO DE NECESIDAD, EXCLUYENTE DE (RIÑA). El estado de necesidad, que ataca la antijuricidad del acto, no quedó integrado si está demostrado que los hechos ocurrieron dentro de una riña, pues resulta indudable que las conductas de los que en ella intervinieron estuvieron al margen de la ley, y para poder hacer valer una causa de justificación, p,recisa que quien la usa obre de acuerdo con el orden jurídico establecido."

Amparo directo 998/56. Fallado el13 de agosto de 1957. Cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 11, Segunda Parte, página 49 *(IUS:* 264777) .

"ESTADO DE NECESIDAD, JUSTIFICANTE. La responsabilidad de la quejosa se halla excluida en la especie en función de la justificante por estado de necesidad a que se contrae una parte de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, si se demuestra en autos que la acusada es una persona de edad avanzada, de escasísimos recursos económicos, que su sostén es un hijo vicioso y que al efectuar el trueque de la marihuana no lo motivó ningún afán de lucro sino la urgencia de alimentos. Por otra parte, está evidenciado que precisamente a cambio de la yerba recibió pan duro y tortillas duras para atender a sus apremiantes necesidades alimenticias por lo cual se impone la concesión del amparo."

Amparo directo 2793/61. Fallado el 24 de noviembre de 1961. Cinco votos. Ponente: Ángel González de la Vega. Tesis relacionada con la jurispr~dencia 108/85. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen LlII, Segunda Parte, página 27 *(IUS:* 260604).

"ESTADO DE NECESIDAD, PRUEBA DEL. Para que la conducta del autor de un hecho delictuosos pueda encuadrarse dentro de la excluyente de responsabilidad que prevé la fracción IV del artículo 15 de Código Penal Federal, sería menester que la necesidad de salvar su vida o de su familia fuera real, grave e inminente y que no existiera otro medio practicable y menos perjudicial. El estado de necesidad sólo es procedente ante la disyuntiva de sacrificar un bien jurídico ajeno o salvar uno propio, siempre y cuando no exista otro medio para evitar el conflicto de intereses. t\o existe esa alternativa, sólo por el hecho de que el actor se viera apremiado por lo poco que le redituaba su ocupación habitual, pues ello no basta para justificar su proceder, si no hay constancias que determinen que su situación era de tal manera precaria que la decisión tomada fuera la única salida. "

Amparo directo 8152/83. Fallado el 9 de octubre de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Amparo directo 8034/83. Fallado el 9 de octubre de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cueva~ Mantecón. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 187-192, Segunda Parte, página 32 *(IUS:* 234177).

"ESTADO DE NECESIDAD Y RIÑA. SE EXCLUYEN. No puede hablarse de estado de necesidad, en que se pretende se encuentra el inculpado, cuando ve que su padre está en peligro, si esta situación es el producto de una riña que el padre sostiene con el que resulta muerto, lo que de ninguna manera presupone un conflicto de intereses jurídicamente tutelados, sino que se encuentra al margen de la ley."

Amparo directo 4213/75. Falla9-0 el 4 de dici~mbre de 1975. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Sexta Epoca, Segunda Parte: Volumen VI, página 141. Amparo directo 998/56. Fallado el13 de agosto de 1957. Cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 84, Segunda Parte, página 13 *(IUS: 235323).*

"EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. No existen las excluyentes de responsabilidad de que hablan la fracción IV del artículo 15 y el artículo 379 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, si el acusado no una sola vez sino cuatro días seguidos estuvo apoderándose de cosas ajenas que no eran indispensables para sus necesidades personales, porque disfrutaba de un moderado sueldo que le permitía subvenir a aquéllas, tanto más, si por el cargo de velador, estaba obligado a prevenir la comisión de los delitos."

Amparo penal directo 91/42. Fallado ell~ de marzo de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombr~ del ponente. Prim.era Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXI, página 4615 *(IUS: 308844).*

"MIEDO GRAVE, TEMOR FUNDADO Y ESTADO DE NECESIDAD. En la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, se consignan tres excluyentes, cuales son el miedo grave, el temor fundado, y el estado de necesidad. La opinión generalizada en relación al miedo grave es en el sentido de que entraña una inimputabilidad al provocar un automatismo en quien lo padece y, según tal opinión, se maneja con la técnica del trastorno mental transitorio. Puede suceder que el miedo grave no provoque automatismo, y para que tenga entidad propio como excluyente dentro de la sistemática del Código Penal a que se hace referencia, debe decirse que entraña una in culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, diferenciándose del estado de necesidad, en que en este último el conflicto se plantea entre dos bienes que se encuentran en un plano de licitud, amenazados de un mal común, y uno de los dos bienes que se encuentran en conflicto, es el que resulta afectado; en cambio, en el miedo grave como causa de inculpabilidad, el conflicto se plantea entre la esfera jurídica de quien lo sufre y la de un tercero ajeno a la situación de quien produce el miedo (si es que se produce a virtud de conducta humana), y éste es quien resulta afectado al actuar quien sufre el miedo para escapar de la situación que lo provoca. Por otra parte, en el temor fundado hay allanamiento de contenido formalmente delictivo de quien lo sufre a la existencia de quien lo provoca, y es una in culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, debiendo atenderse al principio de la evaluación de los bienes en consulta.

Amparo directo 3071/73. Silvia M~tínez Vda. de Acosta. 23 de octubre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Javi~r Alba Muñoz. Primera Sala, *Semanario Judicial de laFederación,* Séptima Epoca, Volumen 84, Segunda Parte, página 55 *(IUS:* 235336). Nota: Igualmente, aparece publicada en el Informe de 1975, Segunda Parte, Primera Sala, página 44. Esta tesis también corresponde al artículo 15, fracciones VII y IX.

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ALMARAZ HARRls,josé: *Tratado teórico práctico de Ciencia Penal,* 11, México, 1948; CARRANCÁ yTRUjlLLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano,* 11, Robredo, México, 1950;jIMÉNEZ DE AsÚA, Luis: *La ley y el delito,* 21 edición, Ed. Hermes, Buenos Aires, 1954; LISZT, Franz Von: *Tratado de Derecho Penal,* 11, Madrid, 1927. Trad. Luis jlMÉNEZ DE AsÚA; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* 1, Madrid, 1955. Trad.josé Arturo RODRÍGUEZ MuÑoz; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: *Comentarios de Derecho Penal,* 4! edición, Ed. Porrúa, México, 1977. *Lecciones de Derecho Penal,* 21 edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1965; PORTE PETIT, Celestino: *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* México, 1958; PUIG PEÑA, Federico: *Derecho Penal,* 1, Madrid, 1955; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 1, Buenos Aires, 1951; VILLALOBOS, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano,* Editorial Porrúa, S. A., México, 1960.

CAPÍTULO XIV

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER YEL EJERCICIO DE UN DERECHO

SUMARIO

1. Generalidades.-2. El cumplimiento de un deber.-3. El ejercicio de un derecho.-4. El derecho de corrección.-5. Homicidio y lesiones en los deportes.-6. Homicidio y lesiones con motivo de operaciones quirúrgicas.

1. GENERALIDADES

Toda conducta o hecho tipificado s en la ley constituyen, de *ordinario,* situaciones *prohibidas,* por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), mas cuando se realizan en el *cumplimiento de un deber* o en el *ejercicio de un derecho* adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal, según se ha venido reconociendo desde el Derecho romano hasta nuestros días.

2. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

El artículo 29, fracción VI, del Código Penal del Distrito Federal, declara que el delito se *excluye* cuando: VI. *La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, sie1fl,pre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejecutarlo.* Lógico es considerar que en tales casos, quien cumple con la ley no ejecuta un delito por realizar la conducta o hechos típicos, acatando un mandato legal. El agente de la autoridad, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el juez, no priva *ilegalmente* de su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmen-

te, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, *no realiza una conducta antijurídica:* en ambos casos se trata de *conductas lícitas,* autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el *cumplimiento de un deber.* En los ejemplos anteriores, la obligación del cumplimiento del deber no emana directamente de la ley, sino de una *orden* dictada por un funcionario superior a quien se tiene la obligación de obedecer, por estar su mandamiento fundamentado en una norma de Derecho.

Algunos Códigos, como el argentino (artículo 34), se refieren al "cumplimiento de un deber o *ejercicio legítimo de su derecho, autoridad o cargo* ", resultando útil el distinguir el deber genérico del cumplimiento del deber, de aquel otro consistente en el cumplimiento de un deber especial de obediencia.

Dentro de la noción de "cumplimiento de un deber" se comprende, por ello, tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas. No actúa antijurídicamente, expresa CARRANCÁ y TRUJILLO, el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la licitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.[1]

Lo expresado demuestra que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad, pueden derivar:

a) De una *norma jurídica,* pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un *deber jurídico,* expresión de *valor genérico* indiscutible y la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales cuya *fuente de producción* se identifica con el poder legislativo, pudiendo emanar-de un Reglamento y aún de una simple ordenanza. **El** empleo de la fuerza deriva directamente del deber impuesto por la ley a sus agentes "y si bien las reglamentaciones del uso de armas suele condicionarlo a la exigencia de un peligro personal o a la extrema necesidad para el agente de rechazar una violencia o vencer una resistencia, la justificación del acto de éste, dada la situación que el reglamento establezca, no es legítima defensa, sino el cumplimiento del deber".[2]

Aunque los deberes de común, son impuestos por la ley a quienes ostentan un empleo, autoridad o cargo público, también excepcionalmente corresponde al particular su cumplimiento: el artículo 400, fracción V del Código Penal Federal, en su texto vigente, señala la aplicación de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que *"No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los' delitos que sabe-*

I *Derecho Penal Mexicano,* 11, p. 100,3" edición, México, 1950.

2 SOLER: *Derecho Penal Argentino,* 1, p_ 361, Buenos Aires, 1951.

van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aPlicables".

b) De una *orden de la autoridad,* debiendo entenderse por talla manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en la orden, que debe ser *formal y substancialmente* legítima.[3]

La *legalidad formal* de la orden requiere, según ANTOl.ISEI: 1) *Competencia* del superior al dictada; 2) *Competencia* del subordinado al cumplida, y 3) Ejecución de la misma *en la forma prescrita por la ley.* La *legalidad substancial* exige el concurso de los presupuestos establecidos en la ley para dictada. SOLER aclara que "en los de obediencia, el poder de actuar no llega ordinariamente al funcionario directamente de la ley, sino por interposición de una persona distinta que da la orden".[4]

3. EJERCICIO DE UN DERECHO

El propio artículo 29, fracción VI, declara que el delito se excluye cuando *"la acción o la omisión se realicen* (...) *en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta emPleada para* (...) *ejercerlo* "... La legislación federal, en este aspecto declara, en su artículo 15, fracción VI, que el delito se excluye cuando *"la acción o la omisión se realicen* (...) *en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional* (...) *para* (...) *ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".*

---

1 ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale,* pp. 107-108, edición 1947, Milano. Al abordar el tratamiento de esta causa justificante, Alfredo ETcHEBERRYafirma que cuando la ley se refiere al *cumplimiento de un deber,* se contrae a un deber *jurídico,* en cuanto emanado del derecho todo, ya que la obligación puede provenir de la ley misma, de un decreto, ordenanza, etc. Este deber jurídico .puede ser de dos clases: *substancial* o *formal.* El deber *substancial* existe cuando la ley directamente ordena la realización de determinada conducta. El deber *formal* existe cuando la ley no ordena las conductas, sino que ordena realizar la que otra persona determine: también se llama deber de *obediencia.* Cuando el deber de obediencia se refiere al cumplimiento de órdenes ilícitas del superior, deja de ser una causa de justificación, pues el acto será intrínsecamente contrario al derecho. Es sólo una causal de inculpabilidad... pero no siempre que la"ley impone un deber está justificando la realización de actos típicos. Para que esta causal pueda válidamente invocarse es preciso: *a)* Que la ley imponga directa y expresamente la realización de actos típicos: ejecución de la sentencia de muerte, registro de la correspondencia del reo, etc.; *b)* O bien, que la ley imponga un deber de tal naturaleza que no pueda efectivamente ser cumplido sino a través de la realización de actos típicos, aunque éstos no sean expresamente indicados. Es el caso del deber de los agentes de policía al proceder a la aprehensión de los delincuentes: en caso de resistencia pasiva será forzoso ejercer conductas de fuerza física o de amenaza que en otras circunstancias serían antijurídicas". *Derecho Penal, Parte General,* 1, p. 223,2' edición, Santiago, 1965.

4 *Ob. cit.,* 1, p. 361.

La *tipicidad* del hecho *no imPlica su antijuridicidad,* la cual habrá de ser buscada, objetivamente, a través de un juicio de valoración entre el propio hecho y la norma, debiendo recordar que el Derecho Penal no crea ésta sino simplemente la garantiza.

La *ilicitud* del hecho supone la *inexistencia de una norma que "permita"* tanto la conducta como el resultado a ella causalmente ligado, pues una realidad contraria no es jurídicamente posible. Lo que está jurídicamente permitido no estájurídicamente prohibido, esto es, lo jurídicamente prohibido no está jurídicamente permitido, de lo cual infiérese que *una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida y permitida* (principio ontológico formal de contradicción), de tal manera que *dos normas contradictorias entre sí* (una que permita y otra que prohiba) *no pueden ambas ser válidas* (principio lógico jurídico de contradicción).

Ordinariamente en el precepto penal, dice SOLER, sólo se contiene "elípticamente" una prohibición, pues todas las figuras delictivas "suponen" el carácter delictivo de su realización, pero éste no se lo otorga a la acción la ley penal, "sino el Derecho total y unitariamente entendido".5 Los equipajes de los pasajeros, dice el texto del artículo 2669 del Código Civil, responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado. La retención de la cosa, en tales casos, no puede integrar una acción antijurídica cuando la misma la realiza el dueño o administrador de la hospedería en ejercicio del derecho que le otorga la legislación civil, quedando excluido el elemento consistente en la "ilegítima posesión" contenido en el tipo del artículo 384 del Código Penal Federal y 229 del Código para el Distrito Federal.

Concretamente, el ejercicio de un derecho, como causa de justificación, se origina:

a) En el *reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho* ejercitado. Esta es la situación más común y el problema fundamental consiste en determinar si el ejercicio del derecho debe siempre supeditarse a los procedimientos legales o si queda amparado en la causa de justificación el empleo de las *vías de hecho.* Si bien el texto original del Código Penal de 1931 no estableció precepto sancionador sobre el *indebido* ejercicio del propio derecho, como sucedió en el anteproyecto, de Código Penal para el Distrito Federal de 1958, cuyo artículo 189 prescribía prisión hasta de tres años al que para hacer efectivo un derecho que deba ejercitarse por vía legal, empleare"violencia en las personas o las cosas, el artículo 226 reformado del código federal señala expresamente que *"Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, emPleare violencia, se le aPlicará prisión de tres meses a-*

---

5 *Ibídem,* pp. 362-363.

un año o de treinta a noventa días multa. En estos casos sólo se procederá por querella de la parte ofendida". En el Código Penal vigente en el Distrito Federal, el artículo 288 sanciona, con iguales penas, a la persona *"que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho, que deba ejercitar, emPleare violencia, se le impondrá* (...)".

A pesar de las opiniones contradictorias sustentadas por los técnicos de la materia, unos en el sentido de aceptar las vías de hecho y otros negándoles su amparo en la excluyente, la opinión mayoritaria rechaza aquélla posibilidad, pues aún descartada la violencia, como medio en el ejercicio del derecho, debe éste encauzarse por *vías legales.* Como principio general, expresa SOLER, un derecho debe ser legítimamente ejercido, es decir, por *la vía* autorizada por la ley.[6]

Sólo el examen de los casos particulares nos dará las soluciones correctas, mas en principio negamos las vías de hecho como medio lícito, por no estar autorizadas en la ley para ejercitar el derecho que la misma reconoce y ampara.

b) De una *facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.* La autorización concedida *legalmente* excluye la-

---

6 Ibídem, pp. 362-363. El *ejercicio legítimo de un derecho,* expresa ETCHEBERRY, hace preciso, en primer término, la existencia del derecho, dándose éste *cuando el orden jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos;* y en segundo lugar, que el derecho se *ejercite legítimamente,* lo cual significa que su ejercicio debe llevar~ a cabo en las circunstancias y de la manera que la ley señala. "El problema más importante en relación con esta causa de justificación -expresa- se presenta en los casos de los ciudadanos que hacen ~usticia por mano propia'. El problema ha sido tratado por numerosos autores en aquellos países cuyas legislaciones contemplan esta amplia causal de justificación... Siguiendo a SOLER, diremos que ante todo hay que distinguir netamente aquellos actos que sólo tienen por fin el *conservar* un derecho, una situación ya existente, contra una perturbación que no se está obligado a soportar. Todos estos casos quedarán regidos en el grupo de causales que denominamos 'preservación de un derecho', de las que se trata a continuación. El problema queda entonces planteado con respecto a actos que tienen por objeto reparar una situación de menoscabo de un derecho. Algunas legislaciones, además de no contemplar la amplia causal de justificación de que tratamos, consideran como un delito específico, el 'ejercicio arbitrario de las propias razones' que atenta contra la administración de justicia. No ocurre así entre nosotros. Debemos entonces distinguir entre los distintos casos. En primer término, diremos que la regla general, cuando se emplea violencia para hacerse justicia, es que tal conducta sea delictiva... No se puede emplear violencia para obligar a otro a hacer algo que no quiera, aunque lo que se le obligue a hacer seajurídicamente debido para la víctima, salvo que la ley expresamente autorice para usar de la violencia en tal caso. Cuando no se emplea la violencia, hay que distinguir nuevamente dos situaciones: si se trata solamente de ejercitar un derecho que otro impide ejercer, no habrá delito. Es el caso del que sin violencia extrae del bolsillo del ratero el reloj que éste le acaba de sustraer. Tales casos, en verdad, ordinariamente no son ni siquiera típicos, de modo que no llega a plantearse el problema de su eventual justificación (el hurto debe recaer sobre cosa *ajena).* En cambio, si se trata de mejorar un derecho, es decir, adquirir un derecho para el cual existe un título, pero que todavía no está en el patrimonio, ordinariamente habrá delito. Es el caso del acreedor que sustrae dinero del bolsillo del deudor para hacerse pago. El acreedor mejora su derecho ya que transforma su derecho personal o crédito en un derecho real de dominio sobre el dinero. La ley, frente al incumplimiento del deudor, señala las vías de reparación: acciones judiciales. No autoriza, ni explícita ni implícitamente al acreedor para sustraer directamente el dinero del deudor. Habrá que sancionar a dicho acreedor como autor de hurto...". *Derecho Penal. Parte General,* 1, pp. 224-226.

antijuridicidad de la conducta o del hecho, pero la autoriz.ación *extra* o *contra legem* no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hecho conformes con el Derecho.

La facultad o autorización concedida requiere:

12 Que derive de una *autoridad;*

22 Que ésta actúe dentro del marco de su *competencia,* y [32] Que la autorización reúna los *requisitos legales.*

El artículo 194, fracción **1,** del Código Penal Federal sanciona como delito *contra la salud,* con prisión de diez a veinticinco años }' de cien hasta quinientos días multa, al que *"produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aún gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud".* De acuerdo al precep~o, las conductas descritas son delictivas y por tanto punibles cuando el agente las realice "sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud", de manera que tales actividades serán *lícitas* cuando se realicen mediante autorización especial, extendida por la autoridad competente, conforme a los requisitos fijados por las leyes sanitarias (Código de Salud, Tratados Internacionales, etc.).

4. EL DERECHO DE CORRECCIÓN

Hasta ciertos límites encontró justificación, en la ley penal, el resultado lesivo consecuencia del llamado *derecho de corrección.* El artículo 294, cuyo texto quedó derogado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de enero de 1984, declaraba impunes "las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, y *en ejercicio del derecho* de corregir" si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289, o sea de las que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días, siempre que el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. El derecho de corregir encuentra su fuente, tanto respecto a quienes ejercen la patria potestad como la tutela, en los artículos 423 y 577 del Código Civil, el primero al expresar que *"quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una condueta que sirva a éstos de buen ejemPlo",* facultad que *"no imPlica infligir al menor actos dejuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo* 323 *ter de este Código",* en tanto el segundo hace extensiva dicha facultad a los que ejercen la ty.tela sobre un incapacitado. En ambas situaciones, el derecho de corrección fundaméntase en la obligación, impuesta por los artículos 422 y 537-1 de la ley civil, de educar a la persona sujeta a la patria potestad o

la tutela. Consecuencia de lo anterior es, en opinión de MEZGER, el que "su delegación no puede quedar al capricho de quienes tienen el deber de educar; pueden darse situaciones de hecho en las que tal delegación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, ha de considerarse necesaria. En tales supuestos elJuez, con independencia de la voluntad del que tiene el derecho de educación, puede y debe considerar el derecho de corrección del tercero como trasmitido a éste en virtud del deber. Así resulta que, aunque neguemos en principio un propio e independiente derecho de corrección de *terceras personas,* es posible reconocerlo a veces en virtud de consideraciones que resultan del caso concreto. Por último, indiquemos que la creencia errónea del sujeto de que existe una tal delegación no excluye la antijuridicidad de la conducta, pero sí, ciertamente, la culpabilidad; y del concepto que se tenga de la culpabilidad penal depende que esto pueda o no afirmarse en los casos de creencia errónea por parte del sujeto activo en un derecho de corrección que en realidad no existe".[7]

En el texto actual el artículo 295 del Código Federal, expresa lo siguiente: *"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o puPilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".* Como se observa, el nuevo texto sanciona las *lesiones* causadas a los menores bajo la patria potestad y la tutela, agravando la situación de quienes ejercen esos derechos al señalar que, además de las penas correspondientes a las lesiones causadas, el juez podrá imponer suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos. En su oportunidad y no obstante que el artículo 347 del mencionado ordenamiento, el cual declaraba no punibles los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, quedó derogado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de diciembre de 1985, consideramos en esa oportunidad que una adecuada interpretación lógica de los dispositivos tanto del Código Penal como de la ley c-ivil que consagran el derecho de corrección, fundamentado en la correlativa obligación de educar a quienes se encuentran sujetos a la patria potestad y a la tu(ela (Arts. 423 y 577 del Código Civil), nos permitía concluir que lo que la ley sancionaba eran las *lesiones* causadas por el abuso del citado derecho, pero no los golpes simples que no llegan a construir verdaderas lesiones y que son consecuencia del *mesurado* ejercicio del derecho de educar. CARRANCÁ y TRUjILLO, al comentar el dispositivo del Art. 347, ahora derogado, le otorgó la naturaleza de una *excusa absolutiva,* cuya razón de ser fundamentó en la patria potestad y en la tutela, a virtud-

---

º7 *Tratado de Derecho Penal,* 1, p. 447, Madrid, 1955. Trad. José Arturo RODRIGUEZ MuÑoz. *8 Ob. cit.,* n, p. 114.

precisamente del mencionado derecho de corrección que tienen sus titulares. 9

El artículo 132 del Código Penal del Distrito Federal, siguiendo similar camino, sanciona las lesiones causadas a pretexto del derecho de corrección, lo que se entiende tácitamente si se toma en cuenta que el precepto agrava, incrementando la pena correspondiente a las lesiones causadas a los menores o incapaces, cuando las mismas se infieren con crueldad.o frecuencia por parte de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o custodia, casos en los que el juez decretará la *suspensión* o *pérdida d.e los derechos* que tenga el agente en relación con el sujeto pasivo, por JIn tiempo igual al de la pena de prisión que se imponga.

5. HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES

Con relación a los deportes se ha distinguido, según se aprecia de las variadas clasificaciones hechas por los autores (MAJADA PLANELLES, V ALSECCHI, GARRAUD, etc.), entre los que se realizan *sin violencia sobre las personas* y por ello con remotísimas posibilidades de causación de daño (natación, golf, tenis, etc.) y los que implican *violencia, cierta o inmediata* (boxeo, lucha) o puramente *eventual* (futbol, basquetbol, etc.) tomándose como criterio de distinción la existencia o inexistencia de la *violencia* en la práctica del deporte u otras circunstancias diversas, como la *lucha directa, objeto* de la acción deportiva, etcétera.

---

9 *Derecho Penal Mexicano. Parte General,* pp. 654-655, decimasexta edición, Editorial Porma, México, 1988. El profesor mexicano encuentra la razón de la excusa que consignaba los ya inexistentes artículos 347 *(Los golPes dados y las violencias simPles en ejercicio del derecho de corregir no son punibles)* y 294 *(Las lesiones inferidas por quienes ejerz.an la patria potestad o la tutela, y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo* 289, *y, además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia),* en las instituciones civiles de la patria potestad y de la tutela, negando que el derecho a corregir pueda ser transferido a terceras personas, como pudiera ocurrir en otros derechos, dado que nuestra ley sólo reconoce tal derecho a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y a nadie más; "y por tratarse de una excusa absolutiva sólo será válida en razón de la persona misma en cuyo favor se pronuncia". *Loc. cit.* Abundando en esas ideas, en sus comentarios al Código penal, el propio CARRANCÁ y TRUJILLO agregó lo siguiente: "La excusa absolutoria consagrada en el artículo comentado obedece a la *utilitatis causa* que también constituye el objeto de la patria potestad y de la tutela, pues la corrección educativa del menor, hecha únicamente por quienes están autorizados para ejecutarla legalmente, sólo puede ser en beneficio del mismo menor. La conducta de 'quienes ejercen la patria potestad o la tutela' obedece al *animus corrigendi* y no confígura, por tal).to, el dolo de lesión (oo.). Es condición para que opere la excusa que el agente no cause lesiones al pasivo con abuso de su derecho de corregir; la ley lo expresa diciendo que 'con crueldad o inne.cesaria frecuencia'; elementos normativos éstos que el juez deberá apreciar en uso de su prudente arbitrio, pues de no operar estas circunstancias será aplicable el arto 295, c.p. Además, como elemento'calificativo del resultado, las lesiones causadas han de ser de las del párr. primero de arto 289 c.p.". *Código Penal Anotado,* p. 697, Decimaquinta edición. Editorial Porrúa, México, 1990.

Un *primer grupo* de deportes (natación, golf, etc.) lo constituyen aquellos en los cuales su práctica *no imPlica el uso de la violencia* y descarta como su objetivo la causación de un daño. En éstos, los resultados de lesiones o muerte son de ordinario puramente *accidentales* (caso fortuito), originados comúnmente en la imprudencia del ofendido o la víctima, aun cuando no debe descartarse la posibilidad de su comisión dolosa o culposa la cual, por otra parte, no ofrece problema alguno para el juzgador, quien en tales casos seguirá el mismo criterio orientador, en el análisis del hecho, que podría aplicar tratándose de cualquier otro hecho delictuoso, pues el cumplimiento del reglamento no tiene, como fin específico, disminuir los riesgos.o peligros que, por la naturaleza de la práctica del deporte, aparecen como remotísimos.

Un *segundo grupo* (futbol, basquetbol, etc.) lo integran los deportes que, requiriendo *acciones físicas entre los contendientes* originan choques violentos, lo cual crea posibilidades de causación de daños, sin ser éste su objetivo, haciendo precisa la observancia de un reglamento que persigue, entre otros fines, eliminar el mayor número de probabilidades de acontecimientos lesivos.

Tomando como punto de partida la *inexistencia de un fin lesivo* en la práctica de estos deportes y el *respeto absoluto* a las reglas de juego, la causación de daños en razón de la naturaleza propia de las acciones no originaría una responsabilidad penal. "Si el propósito de dañar no cuenta como su ingrediente natural, la autorización que de su práctica hace el Estado no lleva de pareja el derecho de lesionar, como tampoco la autorización de manejo otorga al automovilista la facultad de atropellar a un peatón impunemente. Pero si las reglas de juego operan como garantía de hacer muy improbables los accidentes, en los casos de lesiones inferidas por un deportista a otro, manteniéndose su conducta dentro de los ordenamientos que regulan el juego, difícilmente podrá haber incriminación. En el cumplimiento de las reglas tendría ellesionador la demostración de que el hecho fue accidental o imprevisible".10

La violación o el acatamiento del reglamento de juego constituyen el punto de partida para determinar la ilicitud o licitud del hecho y la culpabilidad o in culpabilidad de su autor respecto a los daños ocasionados causalmente. El respeto a las reglas de juego hará *fortuita* la lesión o la muerte; su violación manifiesta puede originar una culpabilidad *dolosa* o *culPosa,* según el caso.

Un *tercer grupo* de deportes (box, lucha, etc.) lo forman los que tienen como fin específico la causación de lesiones pues en ellos los. contendientes se descargan mutuamente golpes para imponer su superioridad o habilidad física, colocando fuera de combate al adversa---

10 Jorge TURNER MORALES: *El deporte en la historia y en el Derecho Penal,* pp. 77-78. México.

rio. La observancia estricta del reglamento no impide el resultado lesivo, con lo cual el problema se complica, máxime si, como sucede en ocasiones, a consecuencia de los golpes recibidos fallece uno de los contendientes. En este último caso pudiera darse la posibilidad de imputar el homicidio a terceros, como al médico o al manejador que, al otorgar la autorización para la celebración de la contienda, han observado una conducta imprudente o negligente, pasando por alto la inexperiencia o la mala condición física de uno de los participantes en ella.

Lo interesante, fuera de esas posibilidades respecto a la responsabilidad de terceros, es determinar la razón de la impunidad por cuanto al deportista que directamente, con su conducta causal, produce el resultado, ajustándose estrictamente al reglamento. Las principales soluciones apuntadas son las siguientes:

a) *Ausencia de tiPo.*]IMÉNEZ DE AsÚA propone primeramente, como solución, la inexistencia del delito por *falta de tiPo.* Dice así el brillante jurista español: "El tipo está ausente, porque el que da un golpe permitido en el juego a quien con él compite en el 'foot-ball' o en el 'rugby', y, sobre todo, el que se opone a su contendiente en el boxeo, no puede decirse que cometa el delito de lesión, porque no 'golpea' sino que carga o boxea... ".11

La argumentación anterior no sólo mixtifica la lógica sino resulta incongruente, pues el boxeo caracterízase por la violencia con que los contendientes se golpean, dirigiendo sus puños contra el cuerpo del adversario con intención de lastimar. El resultado de tales golpes, lesiones u homicidio, encuentran adecuación típica en las normas definitorias en tales del~tos (artículos 288 y 302).

b) *El caso fortuito.* El propio autor español, en su obra "La ley y el delito", apunta como solución el funcionamiento del caso fortuito. "En las reglas del juego -expresa-, y en su normal desarrollo no entran ni el fallecimiento ni las ,heridas. Si se producen no son justificadas tan luctuosas consecuencias. En la hipótesis de que se hayan causado sin infringir las reglas del juego y de un modo eventual, nos hallaremos ante el denominado caso fortuito que es el límite de la culpabilidad y no un motivo justificante ".12

El caso fortuito, replica TU~ER MORALES, se presenta como algo *imprevisible,* fuera de lo normal humano, en tanto en estos deportes las heridas son consecuencia inevitable de la *forma* de ejercicio aprobada. "¿Puede creerse que hubo fortuito en la presencia testimonial de miles de boxeadores que vagan (principa1m~nte en la Meca del Boxeo) errabundos, teniendo entre las heridas más leves de su paso-

---

11 *La ley y el delito.* p. 344, 21 edición, 1954.
12 *Ob. cit.,* pp. 344-345.

por los entarimados, la nariz destrozada, las orejas de 'coliflor', la vista defectuosa, el tímpano roto y la mandíbula fracturada, para no hablar de la dislalia y de lesiones cerebrales mas graves?")3

Si la consecuencia *ordinaria,* en la práctica de este tipo de deportes es la causación de lesiones, ¿puede sostenerse la operancia del *casus?* El texto primitivo de la fracción X del artículo 15 del entonces Código Penal del Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República para los delitos de la competencia de los tribunales federales, se refirió como una *circunstancia excluyente de responsabilidad* al acto de *"causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas* ", fórmula del caso fortuito a todas luces inaplicables a las situaciones planteadas, como fácilmente puede advertirse. Si bien el Código federal, en la fracción X del artículo 15 *excluye* el delito cuando *"el resultado tíPico se produce por caso fortuito* ", la legisfación penal del Distrito Federal omite referirse al llamado "caso fortuito", seguramente por estimar el legislador local que el mismo constituye el límite de la culpabilidad penal en la que el sujeto no puede ser reprochado por el acontecimiento típico causado, por ser, éste totalmente *imprevisible* y por ello *no imputable* al mismo. Recordemos aquí que de acuerdo al pensamiento del ilustre CARRARA, el *caso* comprende-no sólo al *evento* que se origina por la operancia de la fuerzas físicas de la naturaleza, sino en aquel resultado que dependiendo de la *acción humana* se halla totalmente fuera de los límites de la *previsión* del hombre. No es extraño entonces que algunos estimen que en esas condiciones al sujeto *no puede exigírsele una conducta diversa a la ejecutada* (no exigibilidad de otra conducta).

De cualquier manera y como se verá en el momento oportuno, el *caso fortuito* caracterízase por ubicarse fuera del ámbito del dolo y de la culpa, porque aún cuando no puede negarse que la acción o la omisión del hombre se identifica con una de las condiciones causales que intervienen en la cadena causal del acontecimiento, éste sobreviene por circunstancias ajenas a él por ser *imprevisible.* Cabe entonces preguntar: ¿la muerte o las lesiones graves causadas al adversario en la lucha o en el boxeo son consecuencia de un mero accidente? ¿Acaso no es la intención de lesionar característica importante y propia de estos deportes?

c) *Inexistencia de norma de cultura violada.* Señálase igualmente, como solución, la inexistencia de antijuricidad al no resultar violada norma de cultura alguna. Esta manera de ubicar el problema es con

secuencia, seguramente, de la aparente falta de encuadramiento, de los resultados lesivos en esta clase de deportes, dentro de las causas de justificación. El propio MAYER sostuvo que, dentro de la cultura de

---

13 *Ob. cit.,* p. 90.

un pueblo, se encuentran los usos y costumbres; que la práctica de jue-. gos y deportes entran también en el ámbito de las normas de cultura, agregando que el reconocimiento de su licitud por el Estado excluye la antijuridicidad del hecho, lo cual sucede tratándose de la práctica de los deportes cuyo ejercicio, es aceptado y aun reglamentado.

Por interesante que parezca la tesis de MAYER, aplicada concretamente a las lesiones u homicidio, nos resulta ambigua e insuficiente, teniendo además el defecto de intentar una solución al margen del Derecho positivo.

d) *El consentimiento del interesado.* Quien practica el deporte, se aduce, como aficionado o como profesional, acepta los riesgos inherentes y por ello, de producirse las lesiones o la muerte, tales consecuencias son impunes debido al *consentimiento tácito del interesado.*

Aunque es del todo cierto que el consentimiento del interesado constituye, por lo común, una causa de justificación y por ende impide el nacimiento de la antijuridicidad del hecho, se ha determinado su funcionamiento cuando se trata de intereses privados de los que libremente puede hacer uso su titular. "En estos casos, con el otorgamiento del consentimiento, está aÚsente el interés que el orden jurídico trata de proteger",14 mas fuera de ellos el consentimiento es irrelevante y carece de la virtud de excluir el carácter injusto del hecho, pues

con éste se infringen intereses no sólo individuales sino sociales, en cuanto su conservación interesa a la "armonía colectiva"; se trata de bienes *no disponibles* en razón de su jerarquía y es claro que la salud y la vida entran en esa categoría.

e) *El fin reconocido por el Estado.* La práctica de los deportes tiende al mejoramiento de la salud o a la conservación del vigor de la raza, fines reconocidos por el Estado al autorizada. Los resultados típicos penales no llegan a integrar delitos, por no ser antijurídicos.

No puede negarse que la práctica de ciertos deportes cumple la misión de un mejor desarrollo de la salud física, pero el argumento resulta inadecuado para los comprendidos en el grupo a examen, los cuales no sólo imposibilitan el logro de tal fin sino, por lo contrario, tienden a reducir la salud tanto física como mental.

¿Cuál es entonces el criterio correcto? La única solución posible, a nuestro entender, radica en el *ejercicio de un derecho* nacido de la *autorización* otorgada por los órganos del Estado. "Los deportes cuya práctica supone la ejecución de actos típicos del Derecho Penal-dice Ignacio VILLALOBOS-, llevan en su permiso la exclusión de la antijuridicidad para esos actos (golpes en el pugila1¡o y la lucha);- las lesiones o la muerte resultantes serán equiparables al caso fortujto siempre que se obre conforme a las exigencias y limitaciones reglamentarias, pero

14 Fernando CAsTELLANOS: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* p. 185, edición 1959.

al obrar así el autor de los daños lo hizo *en el ejercicio del derecho* nacido de la autorización oficial. Cuanto se haga fuera de los términos del permiso concedido, cae dentro de los supuestos ordinarios de la responsabilidad penal; y es claro que en cualquier caso y en cualquier deporte, los daños causados con dolo, aprovechando la ocasión, o con culpa que rebase las naturales previsibilidades y acción entrañadas por la naturaleza del juego de que se trate, causan la responsabilidad correspondiente")[5]

6. HOMICIDIO Y LESIONES CON MOTIVO DE OPERACIONES QUIRÚRGICAS

Más dificil resulta encontrar la razón de la impunidad de las lesiones y el homicidio causados con motivo de intervenciones quirúrgicas y, en general, de actos constitutivos del ejercicio de una profesión u oficio. Invócanse frecuentemente el *consentimiento del interesado;* el *fin perseguido,* esencialmente lícito y no otro que el de procurar la salud del enfermo, o bien el *estado de necesidad.*

La primera solución propuesta, aun suponiéndola correcta, no abarca evidentemente todos los casos, pues en multitud de ellos hay imposibilidad, debido a la gravedad del enfermo, para obtener su consentimiento, además de que quedaría por resolver si tal consentimiento puede ser eficaz para justificar el resultado. El *fin perseguido* tiene el inconveniente de funcionar como *causa supralegq,t"de* justificación, cuya procedencia no es aceptada por todos, independientemente de que no siempre el fin justifica el medio empleado. Por último, el estado de necesidad podrá tener aplicación limitada, cuando la intervención se imponga como medida necesaria sin implicar la acción del médico, ya que cualquiera podrá intervenir si no hay posibilidad de que lo haga el facultativo. La anterior consideración lleva a SOLER a estimar que, si bien el estado de necesidad podrá justificar las intervenciones en casos en los cuales no haya médico, cuando lo haya "sólo esta persona estará autorizada por el Derecho para afrontar el peligro

---

15 *Derecho Penal Mexicano,* p. 350, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1960. Para REYES ECHANDlA, el ejercicio de una actividad lícita, como desarrollo y concresión del ejercicio de un derecho, comprende tanto la *actividad profesional* autorizada a quienes han llenado los requisitos indispensables, como son los títulos que los capacitan para su práctica y los demás que las leyes exigen para su ejercicio, así como la *actividad deportiva,* la cual constituye el desarrollo de aquellas ocupaciones reguladas por el Estado e incluso auspiciadas tanto en el plano amateur como profesional, se ubican entre las causales de justificación penal. Si el deporte, dice el recordado juspenalista colombiano, "es auspiciado y protegido por el Estado, sería ilógico que se sancionara a quien practicándolo reglamentariamente, causó daño a otro, pues no es dable imaginar que el ordenamiento jurídico pueda permitir y castigar coetáneamente una misma conducta, sin contradecir el principio de la propia unidad". *Derecho Penal. Parte General,* p. 180. Editorial Témis, Seg!1nda reimpresión a la Undécima edición.

y aún, en determinados casos, estará *obligada* por la ley a afrontarlos, con exclusión de las demás personas no técnicas...".[16]

Lo anterior lleva a considerar operante, en tales hipótesis, *el ejercicio de un derecho.* El fundamento de la licitud de las lesiones y la muerte, originados en tratamientos médicos quirúrgicos, opina ANTOLISEI, radica en el hecho de que tal actividad corresponde a un alto interés social: la cura del enfermo, el cual es reconocido por el Estado autorizando, disciplinando y favoreciendo la actividad médica.[17]

JURISPRUDENCIA[18]

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER: COMETIENDO UN DELITO, EXCLUYENTE DE (MILITARES). El acusado no obró en cumplimiento de un deber ni el ejercicio de un derecho, si en los momentos materiales en que se produjo el disparo los actos que concurrieron a la perpetración del acto ilícito no tuvieron ninguna relación con la guardia o servicio de vigilancia que estaba cumpliendo, y no surgió ningún acto u orden inherente al servicio militar, sino antes bien, las palabras que cruzaron entre sí el reo y el lesionado, indican la existencia de un distanciamiento de tipo personal, muy ajenas al cumplimiento de sus deberes castrenses."

Amparo penal directo 6196/49. Fallado el 7 de febrero de 1951. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombr~ del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CVII, página 852 *(IUS: 298988).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, COMO EXCLUYENTE. Dentro de la fórmula de "obrar en cumplimiento de un deber", se comprenden los actos ejecutados en cumplimiento de deberes que son consecuencia de funciones públicas (deberes de servicio) y los ejecutados en cumplimiento de deberes impuestos al particular. Para que opere el cumplimiento de un deber como causa de justificación de la conducta, se requiere que tal deber se encuentre consignado en la ley, pues así expresamente lo exige la fracción V del artículo 15 del Código Penal. Por otra parte, el deber se-

---

16 *Ob. cit.* 1, p. 381.

17 *Manuale,* p. 127. Señálanse como otros casos de *ejercicio de derechos,* excluyentes del delito, el empleo de las *oferidículas* o mecanismos empleados en la defensa de la propiedad, a los que nosotros nos referimos al examinar la justificante de legítima defensa. La causación de lesiones al merodeador que pretende la invasión de la propiedad, a través de esos medios de defensa, se estima amparada en la justificante de ejercicio del derecho de propiedad y no propiamente en la legítima defensa (v. COUSIÑO MAc lVER, *Derecho Penal Chileno. Parte General,* Il, p. 442); el *derecho de retención* sobre muebles en favor del arrendador, del mandatario, del comodatario, del depositario y del acreedor prendario, como ocurre en el derecho chileno (arts. 1942, 2162, 2193, 2234y 2401 del Código Civil); los *informes comerciales* otorgados por los bancos, comercios o particulares sobre solvencia de personas, con relación a solicitudes de préstamos u otorgamientos de créditos, según las prácticas mercantiles, hipótesis en las cuales se excluye la comisión del delito de injurias por ausencia del *animus injuriandi,* así como otras más que entrañan el ejercicio de derechos consignados en leyes o reglamentaciones especiales.

18 El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

encuentra debidamente determinado en relación con la naturaleza de la función que se ejerce y el fin que la propia ley señala. Es generalmer,lte admitido que esta causa de justificación comprende la realización de t9'do& aquellos medios, inclusive los violentos, que son "racionalmente necesarios" para dar satisfacción al fin expresado por la ley. Por otra parte, sólo en forma objetiva, mediante el examen de los hechos, es posible al juzgador poder realizar el juicio de valoración que habrá de recaer sobre la conducta o el hecho imputado; únicamente mediante tal proceso puede llegarse a conocer si el proceder es jurídico o antijufídico. Sf ~1 cumplimiento estricto del deber imponía al acusado la obligación de mproceder aun usando de medios violentos, pero racionalmente necesarios" a la satisfacción del fin expresado por la ley, objetivamente su conducta,;np puede ser antijurídica por ser lícita desde su inicio y no atentar contra la norma implícita en el precepto que sanciona el delito cometido. En otras palabras, si el proceder del acusado constituyó el medio racionalmente necesario para cumplir con el fin de la ley, que le imponía un deber cuyo cumplimiento le era imperativo, objetivamente, el resultado producido no es constitutivo de delito. Y si en orden al principio de primacía y, prelación lógica, hemos concluido en que el proceder es lícito por ser jurídico, no cabe hacer examen del aspecto subjetivo del delito por no haber lugar ajuicio alguno de reproche en cuanto a la culpabilidad."

Amparo directo 2392/57. Fallado el 22 de julio de 1958. 5 votos. Ponente:Agustíg Mercado Alarcón. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XIII, Segunda Parte, página 53 *(IUS:263855).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER CoMo EXIMIENTE PUTATIVA. La eximiente putativa se presenta por una errónea e invencible representación, en el agente, al considerar que obra al amparo de una determinada causa de licitud, anulándose así la culpabilidad como elemento del delito. La excluyente de cumplimiento del deber puede amparar tanto el medio ejecutado como el resultado que se produzca y que expresamente autorice la ley. De acuerdo con su naturaleza jurídica, la justificante de cumplimiento de un deber por parte de agentes de la autoridad, se presenta cuando el agente actúa, en ejercicio de su función, usando un medio racional a tal fin, por la necesidad imperiosa de superar la violencia que se ejerce contra él o terceros, o bien para vencer la resistencia opuesta al cumplimiento de un mandato de autoridad. En tales condiciones, es inexistente la eximiente putativa de cumplimiento de un deber, cuando el error versa tan sólo en el hecho de que el agente actúa en cumplimiento de un deber, sin comprender dicho error también la falsa representación so.bre la agresión que supuestamente origina el cumplimiento y que el sujeto estima adecuada para justificar su proceder."

Amparo directo 5529/81. Fallado el 11 de enero de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jim~nez Gregg. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 181-186, Segunda Parte, página 25 *(IUS: 234230).*

"CUMPLIMENTO DE UN DEBER EN EJECUCIÓN DE oRDEN SUPERIOR, EXCLUYENTE DE RESPoNSABILIDAD INOPERANTE DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). La excluyente de responsabilidad de cumplimento del deber en .ejecución de orden superior prevista en la fracción V, del artículo 12 del Código

Penal del Estado de Jalisco, se refiere a deberes jurídicos, no a conductas delictivas, por lo que no puede justificarse la de un agente de la policía que, para impedir la fuga, lesiona o priva de la vida a un detenido, aun en el supuesto de que hubiera recibido orden de cumplimentar su aprehensión, pues el deber y la orden superior, no autorizan la comisión de delitos y el inferior no está obligado, en el supuesto de que esa orden hubiese sido dada en tal sentido, a acatarla."

Amparo directo 4346/63. Fallado el 19 de marzo de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen LXXXI, Segunda Parte,página 11 *(IUS: 259573).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EXCLUYENTE DE. AGENTES DE AUTORIDAD. RACIONALIZACIÓN Y NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO. La excluyente de responsabilidad de cumplimiento de un deber puede amparar tanto la conducta como el resultado que se produzca y que expresamente ordene la ley. La legislación aplicable a los agentes de la autoridad origina el ejercicio de la fuerza cuando obren en cumplimiento del deber, generándose esta causa de juridicidad cuando semejante ejercicio constituya un medio racional y necesario para cumplimentarlo, ya sea ante una situación de extremo peligro personal, o por la necesidad imperiosa del agente para superar la violencia que se ejerza contra terceros, o bien para vencer la resistencia opuesta al cumplimiento de un mandato de autoridad."

Amparo directo 2367 /83. Fallado el 21 de noviembre de 1983. Cinco votos. Ponente: RaÚl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jim~nez Gregg. Primera Sala, *Semanario judicial de la,Federación,* Séptima Epoca, VolÚmenes 175-180, Segunda Parte, página 39 *(IUS:* 234291).

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. El cumplimiento de un deber sólo autoriza el empleo de la violencia t::n los casos estrictamente necesarios, esto es, cuando el ejercicio de aquél requiere el uso de la violencia, como cuando se trata de militares en acción de guerra, por ejemplo; mas nunca en un caso en que el agente activo carecía de facultades para disparar proyectiles sobre el pasivo, por lo que, cuando el deber no está consignado en la ley, esa excluyente de responsabilidad, no puede configurarse."

Amparo directo 2113/62. Fallado el12 de septiembre de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen LXXV, Segunda Parte, página 14 *(IUS: 259853).*

"CUMPLIMENTO DE UN DEBER, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). El cumplimiento del deber que invoque el inculpado en su carácter de autoridad no lo autoriza a privar de la vida a un delincuente por el hecho de no dejarse aprehender, pues suponiendo que el acusado por razón de su cargo de autoridad pÚblica tuviese el deber legal de detener al responsable de un delito conforme a lo establecido en el artículo 15, fracción V, del Código Penal del Estado de Tamaulipas, no se configura la excluyente cuando el cumplimento del deber o el ejercicio de derechos consignados en la Ley fue notoriamente excesivo o innecesario."

Amparo directo 1588/55. 8 de noviembre de 1956. Cinco votos. Ponente: Juan José Gonzále,z Bustamante. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CXXX, página 421 *(IUS: 292991).*

"CUMPLIMENTO DE UN DEBER, EXCLUYENTE, NO CONFIGURADA, POLICÍAS. La excluyente de cumplimiento del deber ampara la ejecución de una conducta formalmente delictiva pero concretamente exigida por el Derecho (mantener la privación de la libertad del procesado, ejecutar al condenado a muerte, etcétera), pero es claro que el Derecho no exige a los policías mantener reos en una casa particular detenidos y aun golpearlos o amenazarlos o injuriarlos o vejarlos, pues inclusive las armas que se les proporcionan sólo deben servir para rechazar alguna agresión, pero nunca deben servir para golpear innecesariamente a una persona cuya pretendida huida ha sido ya impedida; en este caso el cumplimiento de un deber tendrá como contenido detener a una persona, pero no lesionarIa."

Amparo directo 2367/83. Fallado el 21 de noviembre de 1983. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jiménez Gregg. Amparo directo 3799/83. Fallado el 24 de octubre de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Véase: *APéndice al Semanario judicial de la Federación* 1917-1975, Segunda Parte, tesis de jurisprudencia 95, página 207. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes *175-180,* Segunda Parte, p~gina gg *(lUS:* 2g42~2).

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER, INEXISTENCIA DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD POR. No puede afirmarse que el activo obre en cumplimiento de un deber, aunque se encuentre uniformado y desempeñando funciones policíacas, si el evento criminoso se lleva a cabo por motivos sobrevenidos de índole personal."

Amparo directo 4426/81. Fallado el3 de febrero de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Época, Volúmenes 157-162, Segunda Parte, página 47 *(IUS: 234501).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO O EJERCICIO DE UN DERECHO. INCOMPROBACIÓN DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. AGENTES DE LA AUTORIDAD. La excluyente de responsabilidad prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal denominada cumplimento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, tiene como sustento la actuación "en forma legítima" de los agentes de la autoridad, al realizar actos violentos contra determinadas personas como consecuencia de su función pública, por lo que al no existir ninguna prueba que demuestre que el agente de la autoridad se encontraba ante una situación de extremo peligro o ante la necesidad imperiosa de utilizar la violencia para vencer alguna resistencia, no se justifica el empleo de la misma, resultando por tal motivo, in comprobada la excluyente de responsabilidad en cuestión, pues la actitud violenta e injustificada al ejercer su función tipifica el delito de abuso de autoridad."

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 706/92. Fallado el 29 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: Daniel]. García Her-

nández. Tribt111~les Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo XII-Julio, página 188 *(IUS:* 215880).

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER o EJERCICIO DE UN DERECHO. Para detener o lograr la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo; por lo tanto, la conducta policíaca que así produce daños configurativos de delito no puede en prin~ cipio quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplimento de un deber o ejercicio de un derecho."

Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito. Amparo directo 955/ 93. Fallado el 9 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Cordillo. Secretaria: Mónica Saloma Palacios. Véase: *Apéndice al Semanario judicial de la Federación* 1917-1988, Segunda Parte, jurisprudencia 572, páginas 984 y 985. Tribun~les Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo XIIIJunio, página 547 *(IUS: 212203).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, COMO EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL. El maestro Francisco Conzález de la Vega hace los siguientes comentarios, en su obra el Código Penal comentado: los deberes y derechos, necesitan estar consignados en la ley, quedando descartados los de exclusiva naturaleza moral o religiosa, el deber moral puede ser: *a)* resultando del empleo, cargo, autoridad o función públicos del agente; así, el Juez que priva procesalmente de la libertad a un sujeto, no comete plagio ni secuestro; el policía que por mandamiento en forma, practica cateo domiciliario, no comete allanamiento de morada; los miembros del pelotón de ejecución de un sentenciado, no realizan homicidio, etcétera; *b)* resultante de una obligación general, como en el caso de que un particular aprehenda a un delincuente *infraganti* o impida la consumación de un delito. El ejercicio de un derecho reconocido legalmente, no es en general sino el aspecto positivo del mismo problema, como por ejemplo, el derecho de corrección; pero como los derechos individuales están condicionados por los terceros en las estimativas de la eximiente, se hace necesario para el Juez la valorización jurídica de las acciones efectuadas. Ahora bien, con apoyo en los anteriores comentarios, debe desecharse el concepto de violación que el quejoso haga valer en el sentido de que no se tomó en consideración, que al privar de la vida al occiso, obró en cumplimiento de un deber legal, en sus funciones de policía, que le quite la vida a un particular, sino que tan sólo se acepta como un derecho idéntico al de la legítima defensa, en cualquiera otra persona. "

Amparo penal directo 6362/42. Fallado elll de agosto de 1943. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nomb~e del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXVII, página 3760 *(IUS: 307319).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO CONSIGNADOS' EN LA LEY. EXCLUYENTE DE LA RESPONSABILIDAD. CASO EN QUE NO OPERA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Si un policía al lograr la detención o captura de alguien, lo agrede y le ocasiona la muerte, tal circunstancia no justifica su proceder para que opere la excluyente de responsabilidad prevista

por la fracción V del artículo 14 del Código Penal del Estado de Chiapas, en razón de que el cargo que ostenta no lo autoriza a agredir o dar muerte al detenido."

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Amparo en revisión 193/89. Fallado el 29 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Hornero Ruiz Velázquez. Secretaria: Kima Tovilla Lara. Tribu~ales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo V, Segunda Parte-2, página 560 *(lUS: 226284).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER o EJERCICIO DE UN DERECHO. DISTINCIÓN. Se incide en un error técnico al equiparar el cumplimiento de un deber con el ejercicio de un derecho, pues aun cuando ambas excluyentes son justificantes, en el caso del ejercicio de un derecho se trata de una situación potestativa, en tanto que en el cumplimiento de un deber la acción es compulsoria; en el ejercicio de un derecho el sujeto puede o no ejecutar la acción y si le ejecuta queda exento de pena a virtud de que su conducta es jurídica, en tanto que el cumplimiento de un deber el gobernado está obligado a actuar."

Amparo directo 6115/72. Fallado el 20 de agosto de 1973. Cinco votos. Ponente: Manuel R!vera Silva. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 56, Segunda Parte, página 29 *(lUS: 236114).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER o EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE. Para que la causa de la justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos eS,tén consignados en la ley:"

Sexta Epoca: Amparo directo 3337/56. Fallado el 20 de julio de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2483/57. Fallado el 6 de noviembre de 1957. Cinco votos. Amparo directo 1251/57. Fallado el16 de julio de 1958. Mayoría de cuatro votos. Amparo directo 5966/57. Fallado el 6 de octubre de 1958. Cinco votos. Amparo directo 800/60. Fallado el 22 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Primera Sala, *APéndice* 1917-1995, Primera Parte, tesis 115, página 65 *(lUS:* 389984).

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER o EJERCICIO DE UN DERECHO. POLICÍAS. De acuerdo con la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte, para detener o lograr la captura de quien huya ante la intervención de la autoridad, la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo, y por lo tanto, la conducta policíaca que produce daños configurativos de delito no puede quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplimiento de un deber o de ejercicio de un derecho. Precisando las ideas contenidas en esa jurisprudencia, debe decirse que la excluyente de cumplimento de un deber abarca exclusivamente el concretamente exigido, y el agente policíaco por lo que le es exigible como tal, en su intervención para evitar la comisión de delitos o de infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, y, en su caso, detener a quienes han cometido delito o infracción y presentarlos a la autoridad, pero no es deber suyo el privar de la vida al prófugo, aun cuando le ordene detenerse si va huyendo y desatienda la orden. A los miembros de los organismos policíacos se

les proporcionan armas tan sólo en atención a que se parte de la base de que actuarán en un medio peligroso y pueden ser objeto de agresión; el arma se les entrega para su defensa, pero no para que in discriminadamente la utilicen aun cuando el delincuente o infractor no acate la orden que se le dé. Diverso es el caso en que el policía hace uso de su arma para evitar la consumación de un delito en perjuicio de un tercero, ya que semejante hipótesis se estaría en presencia de una legítima defensa a favor del tercero en cuestión."

Amparo directo 6115/72. Fallado el 20 de agosto de 1973. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Véase: Tesis de jurisprudencia número *88, APéndice* 1917-1965, Segunda Parte"página 192. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 56, Segunda Parte, página 35 *(/US: 236115).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER o EJERCICIO DE UN DERECHO. POLICiAS. Para detener o lograr la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad, la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo; por lo tanto, la conducta policíaca que así produce daños configurativos de delito no puede en principio quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplim!ento de un deber o de ejercicio de un derecho."

Sexta Epoca: Amparo directo 6218/56. Fallado el 20 de septiembre de 1957. Cinco votos. Amparo directo 1382/57. Fallado el 5 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1191/60. Fallado el 21 de junio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 6231/ 60. Fallado el 26 de enero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4161/61. Fallado el 16 de noviembre de 1961. Cinco votos. Primera Sala, *Apéndice* 1917-1995, Primera Parte, tesis 116, página 65 *(/US: 389985).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER o EJERCICIO DE UN DERECHO. POLIciAS, MIEMBROS DEL EJÉRCITO, ETCÉTERA. Tratándose de la excluyente de responsabilidad consistente en actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho suscrito por la ley, debe afirmarse que no es bastante para acreditar tal excluyente el que el agresor esté a cargo de un puesto público, sea en la policía, en el Ejército o en otra cualquiera corporación, para que esté facultado para lesionar a un sujeto, sino que, además. de ese nombramiento, debe existir una autorización para llevar a cabo una orden determinada, o bien, sorprender *infraganti* a un delincuente en el momento de un hecho ilícito; y el sólo hecho de encontrarse el acusado en el campo con dos personas que portaban pistolas, sin saber éstas que estaba de servicio un supuesto policía, no es razón bastante para causarles lesiones."

Amparo directo 139/74. Fallaqo el12 de agosto de 1974. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Véase: Tesis de jurisprudencia número *88, APéndice* 1917-1965, Segunda Parte"página 192. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 68, Segunda Parte, página 19 *(/US: 235791).*

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. POLIciAs. Si el acusado, al cumplir dentro de los límites de toda corrección sus funciones policíacas, repele la agresión de que es objeto por parte del occiso, quien injustamente y sin pro-

vocación alguna dispara sobre él, entra c::n juego, para justificar su conducta, la excluyente de responsabiljdad prevista en el artículo 12, fracción V, del Código Penal del Estado de Tabasco, consistente en haber obrado en cumplimiento de un deber. Conviene destacar que si bien es cierto la ley no establece expresamente el deber de privar la vida, también es verdad que, si en el caso concreto, el acusado estaba obligado a cumplir con su función de mantenimiento del orden -sobre todo si se toma en cuenta que fue requerido para prestar auxilio a sus compañeros-, no pierde su derecho a ejercitar la defensa propia ante un acometimiento o agresión injusta.

Amparo directo 388/84. Fallado el 14 de febrero de 1985. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco. Véase: *Apéndice al Semanario judicial de la Federación* 1917-1985, Segunda Parte, jurisprudencia 8~, página 190. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 193-198, Segunda Parte, página 16 *(IUS: 234117).*

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLISEI, Francisco: *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1947; CARRANCÁ y TRUjILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano,* n, Robredo, México, 1950; CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Porrúa, ID! edición, 1976; ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal,* 1, 2! edición, 1965;]IMÉNEZ DE AsúA, Luis: *La ley y el delito,* .2! edición, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1954; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* 1, Madrid, 1955. Trad.]osé Arturo RODRÍGUEZ MUÑoz; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 1, Buenos Aires, 1951; TURNERMoRALES,]orge: *El deporte en la historia y en el Derecho Penal,* México.

CAPITULO XV

OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

SUMARIO

1.- El impedimento legitimo.- 2. La obediencia debida.- 3. El consimiento del interesado.- 4. Su fundamento.-5. Efectos del consentimiento.- 6. Requisitos el consentimiento.- 7. Cuando debe consentirse.

1.- EL IMPEDIMENTO LEGÍTIMO

Además de las justificantes examinadas, la doctrina señala también como tales: el impedimento legitimo; la obediencia debida (obligatoria) y el consentimiento del interesado.

El implementó legitimo, que se encontraba expresamente recogido como una circunstancia excluyente de responsabilidad en el articulo m 15, fracción VIII, del código penal, desapareció de las causas que excluyen el delito, en la reforma al
Articulo citado, contemplada en el Decreto del congreso de la Unión de 21de diciembre de 1993, que oficial de la federación de 10 de enero de 1994.La dispocision que recogía dicha justificante determinaba la inexistencia del delito, esto es, declaraba circunstancia excluyente de responsabilidad : " Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo manda, por un impedimento legitimo" (15-VIII).

Al comentar anteriormente el precepto en cuestión, explicamos que la excluyente se refiere exclusivamente a conductas o misivas, pues solo las normas preceptivas, cuya violación o incumplimiento constituyen delitos, imponen deberes jurídicos de obrar o hacer. Así lo hizo notar CARRANCA Y TRUJILLO, al firmar que la mencionada causa de justificación " se refiere solo a omisiones, nunca a actos", agregando que "tales omisiones han reconocer una causa legitima " , pareciéndole suficiente el comentario hecho al respecto por SILVELA, al referirse a la similar disposición del código penal español de 1870: " El que no ejecuta aquello que la ley ordena dice el autor mexicano-, porque lo impide otra disposición superior y mas apremiante que la misma ley,

no comete delito; lo exime a no dudado de responsabilidad la legitimidad misma que motivó su inacción. El que no practica el hecho que debiera haber ejecutado, por un obstáculo que no estaba en su mano el vencer, tampoco delinque, pues lo exime de responsabilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que le impide obrar. Las únicas dificultades que en la práctica de esta disposición legal podrán presentarse consistirán en determinar, en cada caso, cuándo la causa que motiva la inacción es legítima ajusta, cuándo es insuperable o incapaz de ser vencida por el esfuerzo del que incurre en omisiones. Ni qué decir tiene -concluye CARRANCÁ Y TRUJILLO- que en la excluyente se comprenden como impedimentos legítimos aquellos que específicamente podían ser considerados como insuperables en la anterior redacción" *(Derecho Penal Mexicano. Parte General,* pp. 646-647, Decimasexta edición, Ed. Porrúa, México, 1988).

El origen de la excluyente aludida es antiguo y ya encontramos referencia a ella en el Digesto *(De regulis juris,* 185), cuya esencia se sintetiza en la fórmula *lmpossibilium nulla obligatio est.*opinión de Joaquín Francisco PACHECO, las omisiones a que la ley se refiere –ello comentando el texto del Código penal español de 1850- *no son voluntarias y* por ello salen de la esfera del delito. ..¿Cómo se ha de hacer cargo, en efecto, a cualquier persona de no haber ejecutado lo que la ley le manda ejecutar -razona PACHECO-si ora sea por accidente, ora por culpable voluntad ajena, se ha visto impedido para la acción que en otro caso debiera ejercer? ¿Cómo se nos ha de hacer cargo de una falta, cuando la falta no proviene de nuestra resolución, sino de un obstáculo invencible? 'No hay obligación de las cosas que no pueden hacerse-ha consignado el derecho romano-. Antes de él lo había establecido la razón; y su precepto es de tal modo evitable que ni aun necesidad concebimos de que en términos expresos lo declaren los códigos. Por eso no lo encontramos dicho en ninguno moderno, no porque tal doctrina no sea siempre la de la humanidad toda (oo.)".1 Los legisladores mexicanos de 1871 y 1929 incluyeron, en la misma excluyente, tanto al impedimento *legítimo* como al *insuperable,* siguiendo modelos de legislación española, pero el de 1931 se separó de esa tradición y sólo aludió, en la fracción VIII, del articulo 15, al impedimento legítimo, causa excluyente del delito que desapareció del ordenamiento penal en la reforma de 1993, como ya había ocurrido en las modernas legislaciones españolas y en las que se han inspirado en ellas, por considerarse que los casos de impedimentos de cualquier índole pueden ubicarse en otras causales, sean de ausencia de conducta (acción), de jusÚficación o de inculpabilidad.[2]

---

[1] *El Código penal Concordado y Comentado, I, p .I* p. 178, Sexta edición. Madrid, 1888.

[2]Comentando el inciso 12 del artículo 10 del Código Penal Chileno, Luís COUSIÑO MAC [VER explica que en el mismo se recogen *dos causales* distintas de exclusión del delito *("El que*

2. LA OBEDIENCIA DEBIDA

La obediencia jerárquica ordinariamente constituye una *causa de inculpabilidad* y en ese lugar se le estudia aplicando un correcto criterio sistemático. Algunos autores colocan, como causa de justificación, a la obediencia debida cuando la obligación del acatamiento del manda-

---

Incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o *insuperable"),* la primera de las cuales es evidentemente una *justificante,* y aunque en su país se ha enseñado en las aulas que la omisión por causa *insuperable* es una causal de *inculpabilidad,* él comparte la opinión de Sergio YAÑEZ, en el sentido de que lo que se elimina es la acción, en sentido amplio, pues al igual que en la fuerza irresistible el sujeto sobre quien recae la norma imperativa "se encuentra materialmente impedido de obrar". Dicha causal, explica el autor chileno, proviene del arto 8, No. 13 del Código Penal Español de 1850, que le sirvió de modelo, y que posteriormente desapareció, aunque en su opinión por una razón desafortunada, al suponerse que dicha causal es un subcaso del estado de necesidad. "En efecto -razona el jurista citado-, a la causal respectiva del No. 7 se le agregó la hipótesis de la colisión de deberes, para dejarla redactado así: El que, impulsado por un estado de necesidad, *para evitar un mal* propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o *infringe* un *deber...* " De este modo se restringió fundamentalmente el amplio concepto de la omisión de un deber jurídico, para limitarlo tan sólo al caso en que esa omisión se realice en estado de necesidad, para evitar un mal. Por otra parte, resulta obvio que la única manera de solucionar un conflicto entre dos deberes es omitiendo el cumplimiento de uno de ellos (...). Uno de los ejemplos más socorridos de conflicto entre deberes, a que acuden los autores, es el relativo a la obligación de no revelar los secretos, por una parte, y la exigencia impuesta a los médicos, en casos específicos, de dar conocimiento a las autoridades sanitarias, de la existencia de una enfermedad contagiosa en un paciente. Aquí observamos la pugna entre una norma prohibitiva y una imperativa. Si el profesional infringe la primera, lleva a cabo una acción típica; si no cumple la segunda, omite un mandato típico. Empero, si bien se observa esta colisión de intereses jurídicos, la verdad es que no se puede solucionar por las normas del estado de necesidad, pues aún en el caso extremo de peligro de propagación del mal, él no llena todos los requisitos establecidos por la ley, y, si se mira el aspecto de la violación del secreto médico, evidentemente él nada tiene que ver con esta institución. En nuestro país, según hemos visto, el cumplimiento del deber absorve la infracción de la norma prohibitiva, eliminando la tipicidad de la misma. En verdad, la cuestión propuesta en las líneas que anteceden se puede solucionar con las propias herramientas legales que proporcionan todos los Códigos penales que tienen su origen, próximo o remoto, en el Código Penal español de 1850 o en el de 1870, sin recurrir a un hipotético estado de necesidad basado en la infracción de un deber. Si el médico omite la denuncia de la enfermedad infecciosa, debiendo hacerla, no puede ampararse en la causal del número 12 del artículo 10 de nuestro código, porque *su omisión* no *es legítima,* sino que, a la inversa, contraviene un mandato legal. Si el médico acata las disposiciones Sanitarias, su conducta se encuentra adecuada a derecho por imperativo legal, aunque viole. e1 secreto profesional, puesto que lo hace en *cumplimiento de un deber,* o sea conforme lo preceptúa el artículo lO, No. 10. En consecuencia, en el presente caso no existe ningún conflicto de deberes, como tampoco lo hay en España, en que, no obstante la reforma de 1932, a que se ha aludido, siempre se conserva la causal del No. II del artículo 8., casi idéntica a la chilena, esto es, la justificante de obrar en cumplimiento de un deber. Aunque, como acabamos de decir, la pugna entre dos conductas no siempre genera un estado de necesidad, de tonos parece indiscutible que la omisión por causa legítima es frecuentemente consecuencia del conflicto entre dos deberes, de los cuales uno queda incumplido (...). Aunque, normalmente, la omisión por causa legítima se produce en una pugna entre dos normas imperativas, v._gr., el policía que omite una orden de citar a un testigo para poder detener a un delincuente *in fraganti,* ello no siempre es así y no puede afirmarse de un modo general, puesto que es posible que el mismo problema se genere, en el caso particular, entre una norma prohibitiva y una imperativa, si la desproporción de los intereses jurídicos en juego es de gran entidad: por ejemplo, un ciudadano elector omite su deber de votar en una elección porque, para hacerlo, necesitaría lesionar a una persona que se interpone a su paso; un abogado omite la obligación de declarar en una causa criminal porque, si lo hace. Viola el

to, con independencia de el conocimiento de su ilicitud, deriva de la propia ley. PORTEPETIT señala, en general y como hipótesis de obediencia debida, las siguientes:

"a) La: *orden es lícita.* En esta hipótesis o sea obedecer a un superior con relación a un mandato legítimo, no existe ningún aspecto negativo del delito por ser la orden 'licita'.

"b) La *orden es ilícita, conociéndola el inferior y sin obligación de acatarla, es decir, teniendo poder de inspección.* Cuando se cumple tal orden *el sujeto* es responsable.

"c) La *orden es ilícita,* conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplida, es decir, sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una *causa de justificación.*

"d) La *orden es ilícita,* creyéndola lícita el inferior por error invencible. Estamos frente a una *causa de inculpabilidad.*

"e) La *orden es ilícita* pero no se puede exigir al sujeto *una conducta distinta de la que realizó.* Existe una *causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta".3*

El Derecho positivo recogía, de tales hipótesis, un caso de obediencia por *error,* integrante de Una causa de *inculpabilidad,* en el artículo 15, fracción VII, cuyo texto había encontrado acogida en la mayoría de las legislaciones penales de los Estados. El texto del precepto citado declaraba "circunstancia excluyente de responsabilidad" el *"obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se*

Secreto profesional que se le ha confiado. etc. (...). La omisión por *causa legítima,* es siempre causal de *justificación* de la conducta. Empero, es dable que por error u otras circunstancias se transforme en una causa de in culpabilidad, pues la línea que separa el comportamiento justo y un comportamiento exento de reproche es muy sutil". *Derecho Penal Chileno. Parte General,* 11, pp. 446 a 449. Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1979. Hemos dicho que la reforma penal instrumentada en 1993 y que apareció publicada ellO de enero de 1994, suprimió la fracción VIII del artículo 15, que consignaba como *excluyente de responsabilidad: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un Impedimento legítimo".* Al mismo tiempo, recordemos que la fracción V del propio artículo 15 del Código Penal, antes de la mencionada reforma, decía textualmente: *"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:* V. *Obrar en cumplimiento de un deber* o *en ejercicio de un derecho consignado en la ley".* Ahora bien, al modificarse la estructura del vigente artículo 15 del Código Penal, desapareció la señalada fracción VIII que recogía la *omisión por causa legítima,* por resultar la misma innecesaria, a virtud de que la nueva fracción VI del propio artículo 15 recoge las justificantes de *cumplimiento de* un *deber jurídico* y del *ejercicio de un derecho,* en los siguientes términos: *"El delito se excluye, cuando: VI. La acción* o *la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico* o *en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber* o *ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro",* siendo a nuestro entender evidente que la omisión por causa legítima quedó comprendida en la nueva fracción VI del artículo 15, que se refiere al *cumplimiento de un deber jurídico,* referido tanto a la conducta activa (acción) como a la negativa (omisión). Consecuentemente, la *omisión* excluye el delito cuando es *legítima,* es decir, *cumplimenta un deber jurídico,* estándose en presencia de un conflicto o colisión de deberes en que el autor omite el mandato de hacer impuesto por una norma penal a virtud de estar facultado por la ley al exigirle contemporáneamente el cumplimiento de otro deber de mayor entidad valorativa. 3 *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* p. 542, México, 1958.

Prueba que el acusado la conocía". Con evidencia la excluyente se refería sólo a las órdenes *ilícitas,* dado que las conforme a. derecho no necesitaban ampararse en la eximente. De acuerdo al texto trascrito la ley exigía como requisitos para integrar la citada excluyente: *a)* Que la orden no fuera notoriamente delictuosos *b)* Que no se probara que el acusado conocía su ilicitud. La *relación* de jerarquía legítima; la *falta de notoriedad* del carácter ilícito de la orden y la *ignorancia* del sujeto agente, configuraban en nuestra opinión los ingredientes del *error invencible,* recogiendo la citada fracción una *causa de inculpabilidad.* Al comentar dicho precepto, CARRANCÁ y TRUJILLO, independizando sus elementos constitutivos, vio en la relación jerárquica un elemento *objetivo,* otorgando naturaleza *normativa* a la apariencia de licitud de la orden.4 Con motivo de las diversas reformas, adiciones y derogación de preceptos del Código penal, decretadas por el Congreso de la Unión el21 de diciembre de 1993, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, se reguló expresamente, como causa de *exclusión* del delito el *error invencible,* en sus formas de error de *ti P*or error de *prohibición* (tanto *directo* como *indirecto),* desapareciendo por innecesaria la fracción VII del artículo 15, que se refería a una concreta hipótesis de obediencia jerárquico legítima. Dice ahora la fracción VIII del artículo 15 del Código penal Federal: *"El delito se excluye cuando:* VIII. *Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:* A) *Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o* B) *Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo* 66 *de este Código"*. Fácilmente se advierte, de la lectura del precepto anterior, que si el artículo 15 del Código ha comprendido expresamente, en su fracción VIII, toda clase de errores invencibles, como lo son el error de *tipo,* el error de *permisión* y el error de *prohibición,* la aludida hipótesis recogida en el texto derogado de la anterior fracción VII del citado artículo, queda ahora inmersa, como una de las posibles hipótesis que pueden presentarse de *error de tipo,* dado que el inferior, al acatar la orden *ilícita* de su superior legítimo en el orden jerárquico, por no ser la misma orden *notoriamente ilícita* ni haberse probado que el acusado la conocía, ha actuado bajo un estado de error, sobre los elementos del tipo penal, de carácter invencible, a virtud de las circunstancias concurrentes. De probarse que el *error* en que el inferior se encontraba era *vencible,* se le aplicará la punibilidad correspondiente al delito

---

4*Derecho Penal.Uexicano,* 11. p. 105, Robredo, edición 1950,

culposo, si el hecho realizado en acatamiento de la referida orden admite dicha forma de realización del delito, según lo prescribe el artículo 66 del Código Penal, adicionado a virtud de las reformas mencionadas.[5] Tratándose de delitos del fuero común, el nuevo Código del Distrito Federal consigna, entre las causas que excluyen el delito tanto al *error del tipo* como al *errordeprohibición* en las mismas hipótesis señaladas en el Código Federal, de cuyos alcances nos hemos ocupado, aunque con ligeras modificaciones de carácter gramatical que no afectan la estructura de dicha causa impeditiva del nacimiento del delito y que ahora ambos códigos estiman como causas que lo excluyen.

3. EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

Al decir de Gustavo LABATUT, la operan Cía. del consentimiento del interesado está íntimamente relacionada con los *motivos* de la ley penal para tutelar un interés jurídico determinado.[6] Desde el Derecho romano, con limitaciones, se aceptó la exclusión de pena para ciertos hechos delictuosos realizados con consentimiento del interesado, siempre que los mismos no influyeran en un Derecho público. Aunque la fórmula *Valentí non fiad incuria* fue posteriormente desconocida por Derechos sucesivos y sólo excepcionalmente aparece el consentimiento consignado como motivo de supresión de pena (artículo 123, *in fine,* del Código de Baviera de 1823, cuando se trataba de la destrucción de la propiedad sin peligro alguno para la cosa pública), modernamente la doctrina ha puesto interés en determinar su naturaleza y alcance.

4. SU FUNDAMENTO

MEZGER se ha encargado de poner en claro que si la *lesión de ntereses* representa el contenido de toda conducta antijurídica, dos son las causas determinantes para la admisión de toda justificante: la *ausencia de interés* y el *interés preponderante.* La primera surge "cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto".[7] Tomando en consideración la

---

[5] El nuevo artículo 66 del Código Penal dice lo siguiente: *"En caso de que error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo* 15 *sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una terrera arte del delito de que se trate".*

[6] *Dl!Techo Penal,* pp. 285-286, Santiago, 1958.

[7] *Tratado de !Techo Penal,* 1, p. 410, Madrid, 1955. Trad. José Arturo RODRIGUEZ Muñoz.

forma consciente de la producción de esa voluntad, o su inferencia de la "especial situación de hecho", para el autor alemán son *dos* las causas de justificación apoyadas en el principio de la ausencia del interés: el *consentimiento del ofendido* y el llamado *consentimiento presunto,8* terminología incorrecta e inaceptable, pues la *inexistencia del delito* hace impropio el término "ofendido", el cual ha sido substituido por el más adecuado de "interesado".9 SOLER, al ocuparse de los fundamentos del consentimiento, señala como razón de su eficacia "que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado, los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar 'permiso' para su destrucción, ellos se tornan 'in idóneos como objeto de una valoración jurídica', ya que no son protegidos en su materialidad por el Derecho, sino en cuanto son objeto de interés por parte del privado". 10 La ausencia de interés del titular hace *permitida* la conducta, por permanecer en el ámbito de lo "no prohibido", constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad.

5. EFECTOS DEL CONSENTIMIENTO

En la actualidad se acepta ya, por muchos, la *doble* función del consentimiento, que puede originar una causa de *atipicidad* de la conducta o una causa de *justificación.* Llegar al conocimiento de cuándo se está en una u otra hipótesis, escribe PORTEPETIT, hace necesario indagar *si el tipo exige una conducta contra la voluntad del sujeto pasivo,* ya que en tal situación el efecto del consentimiento "es el de impedir la adecuación al tipo")!]IMÉNEZ DE ASUA reconoce, en tal caso, que el consentimiento constituye un obstáculo para realizar los elementos de la figura delictiva: "La afirmación de que el consentimiento tiene nulo valor justificante, no se desplaza por el reconocimiento de que existen ciertos delitos que llevan, como elemento esencial, el supuesto de que acontece contra la voluntad del sujeto pasivo. No habrá, en efecto, robo, violación, rapto de fuerza, detención ilegal, etc., si la persona robada, violada, raptada o secuestrada ha consentido. Lo que acontece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de

---

[8] *Loc. cit.*

[9] "El *sujeto pasivo,* del delito es 'el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma'. El ofendido, será la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Es necesario, pues, la existencia del delito como causa para que pueda surgir como efecto el concepto de ofendido. Son las razones anteriormente anotadas las que nos impulsan a aceptar el término 'consentimiento del interesado', como la terminología correcta a usar...". M. Antonio CASTRONÁJERA. *El Consmtimiento del Interesado,* p. 59, México, 1962.

[10] *Derecho Penal Argmtino,* 1, p. 373, edición 1951.

[11] *Programa,* p. 384.

los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata" .[12]

HANS WELZEL comparte el criterio de esa doble función al considerar que puede el consentimiento tener, en Derecho Penal, distinta significación: *Puede excluir el tipo,* lo cual ocurre cuando la norma penal se construye tomando en cuenta *un actuar contra la voluntad del afectado,* impidiendo en tales casos el consentimiento la integración de ese elemento del tipo: no hay falsificación de documento si el interesado hace poner su nombre en el mismo por conducto de un tercero; *puede Excluir la antijuridicidad,* lo cual supone la adecuación de la conducta o del hecho a la norma, pero no su ilicitud.[13]

6. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

MAGGIORE, al hacer el análisis del artículo 50 del Código Penal italiano, señala como requisitos del consentimiento los siguientes:

a) *Un sujeto que consienta,* o sea el titular del derecho violado o puesto en peligro, lo que presupone tanto la *existencia del derecho* como del *poder de disposición* mediante el reconocimiento, a tal efecto, del ordenamiento jurídico, además de la *capacidad* de hacer valer su consentimiento. La *representación* excluye el consentimiento por ser "inconciliable con el carácter personal del interés protegido penalmente"[14]

---

[12] *Tratado de Derecho Penal,* IV, p. 596, ed, 1951.

[13] A.'HOLIS EI sustenta igual opinión al distinguir una forma *positiva* de una *negativa* en la voluntad del titular del bien protegido por el Derecho: el hecho no es conforme a la figura típica, por ausencia de uno de sus requisitos, cuando la falta del consentimiento es requerida para la existencia de una determinada figura delictuosa. En otros casos, la función del consentimiento es diversa, pues dándose todos los presupuestos exigidos en una norma incriminadota particular, el efecto de la voluntad del titular hace venir a menos la punibilidad del hecho, EI consentimiento en estas hipótesis elimina en el hecho la nota de la ilicitud y constituye una causa de justificación", *Manual di Diritto Penal,* p. 112, Milano, 1947.ilustrativa resulta, sobre el tema tratado, la tesis sustentada por la H, Suprema Corte de]justicia de la Nación, publicada en las páginas 1348-1349 del Tomo CXXII del *Semanario Judicial de la Federación,* en la cual aceptase esa doble función del consentimiento: "Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado en virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de la conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica...",

[14] *Derecho Penal,* 1, p. 436, Bogotá, 1954, En sentido contrario SALTELLI y ROMANODI F. quienes se pronuncian en el sentido de que la *representación* también es eficaz para hacer operar el consentimiento, *Comento,* 1, p. 298,

b) *Un acto de consentimiento.* Siendo éste una *manifestación de la voluntad* del titular del derecho, no precisa acuerdo, resultando eficaz aun cuando lo ignore el autor del hecho típico. Son válidas, por tanto, todas las formas para expresarlo, ya sean reconocidas por la ley o por la costumbre, bastando en ocasiones el simple *silencio* cuando, en la situación concreta, impondría el deber de hablar. Por ello dice se que el consentimiento puede ser *expreso* o *tácito.* La ratificación, precisa MAGGIORE, no es consentimiento, lo cual equivale a negar su operan Cía. *post factual,*[15]

c) *Un derecho* violado o puesto en peligro, como *objeto* del consentimiento. La determinación del derecho *disponible* traspasa las fronteras de la disciplina punitiva y el criterio orientador debe buscarse en el total ordenamiento jurídico. MANZINI opina, con referencia a los intereses privados, que los derechos patrimoniales, cuya renuncia o transferencia son permitidas, constituyen normalmente *bienes disponibles.* "Los límites señalados por la ley penal y la potestad de disponer de derechos o intereses privados están determinados por la conveniencia (interés público) de impedir que el poder de la voluntad privada llegue hasta invadir funciones reservadas a la potestad pública; o bien de la oportunidad de prohibir penalmente ciertos negocios privados o ciertos hechos dañosos al interés general o en oposición con disciplinas impuestas por el bien común",[16]

MAGGI0RE., considera, como bienes disponibles, tanto los *derechos reales* (salvo cuando se limite su disponibilidad por razones de carácter público) como los *derechos de obligación* (a menos que la ley los estime ilícitos, como en el contrato usurario); en cambio, estima bienes *indisponibles,* los derechos *no patrimoniales, típica o medianamente públicos,* como los pertenecientes al Estado o a entidades públicas, o los referidos a intereses de naturaleza colectiva o social (derechos de familia, integridad y salud de la estirpe, fe pública, etc.), así como los *derechos personalísimos o derechos sobre la propia persona.* "Puede hablarse de un derecho *a la* vida, *a la* integridad personal, *al* honor, *al* nombre, *a la* imagen, pero no un derecho *sobre* la vida, *sobre* la integridad, *sobre* el honor, *sobre* el nombre, *sobre* la imagen, etc. Y la expresión no puede tener otro sentido que el *derecho a la tutela del Estado contra las acciones ofensivas de esos bienes...* ".[17]

d) *Un efecto del consentimiento,* el cual no es otro que el de imposibilitarla integración del delito, al no originarse la *ilicitud* o la par*ticipad* de la conducta o del hecho, por ausencia, en la última hipótesis, de la falta de consentimiento expresamente requerida como un elemento específico de la figura legal.

---

[15] *Ob. cit.*. 1, p. 437,

[16] *Tratado de Derecho Penal,* II, p. 27. Ediar, Buenos Aires,

[17] *Ob. cit.,* 1, pp, 439-440.

7. CUÁNDO DEBE CONSENTIRSE

Siendo casi unánime el criterio de que el consentimiento *post factual* no origina la inexistencia del delito, pues en todo caso equivaldría a la renuncia del derecho de querella, en los excepcionales casos en que ésta es necesaria para el ejercicio de la acción penal, el consentimiento debe otorgarse *antes* de ejecutarse la conducta o bien *simultáneamente* a ella. En cambio, la *renovación,* del consentimiento sólo puede operar *antes* de la actividad o inactividad corporal (conducta), dado que la "ratificación posterior" o consentimiento *post factual* no produce efectos jurídicos de ninguna especie.

Nuestro derecho recoge expresamente, como causa que excluye el delito, al *consentimiento del titular del bien jurídico afectado.* En efecto, el artículo 29, fracción nI, del Código Penal del Distrito Federal, lo declara causa de *exclusión* del delito cuando se cumplan los requisitos siguientes.: a) *que se trate de un bien jurídico disponible;* b) *que el titular del bien jurídico o del legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien,* y c) *que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie ningún vicio de consentimiento.* La ley, en el precepto mencionado, *presume* el consentimiento *"cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento".*

En cuanto a la legislación penal federal, el *consentimiento* se encuentra reconocido como causa excluyente del delito, mediante la reforma hecha a través del Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 30 de septiembre de 1999, si se satisfacen los mismos requisitos arriba enumerados y que recogió la fracción III del artículo 29 del Código local, condiciones que aquel ordenamiento previó en su artículo 15, fracción III.

En realidad no entendemos el porqué, en el inciso b) de la fracción In del artículo 29 de la legislación punitiva del Distrito Federal, se exija que el *legitimado* para consentir, a nombre del titular, "tenga la capacidad jurídica para disponer del bien", pues pensamos que se ha confundido la capacidad para consentir con la capacidad jurídica de disposición libre del bien, por tratarse de cuestiones bien distintas; quien está *legitimado para consentir* por el titular, no necesita tener capacidad jurídica de libre disposición del bien objeto del consentimiento, con lo que evidentemente se desnaturaliza la justificante aludida, ya que es requisito previo y esencial que el titular sea el que tenga la capacidad jurídica de disponer del bien y consiguientemente de otorgar su consentimiento por conducto de un tercero.

JURISPRUDENCIA 18

"OBEDIENCIA A UN SUPERIOR LEGÍTIMO, EXCLUYENTE DE. Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad" penal, en razón de que aquella sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial." Sexta Época: Amparo directo 2874/50. Fallado el 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3616/50. Fallado el 18 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4652/53. Fallado el 15 de julio de 1955. Cinco votos. Amparo directo 2494/ 54. Fallado el30 de julio de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 4790/56. Fallado e13 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Primera Sala, *Apéndice* 1917-1995, Tomo 1l, Primera Parte, tesis 223, página 127 *IUS:*390092).

"OBEDIENCIALEGÍTIMASUPERIORJERÁRQUICO.Para que opere la exculparte de obediencia jerárquica que prevé la fracción VII del artículo 15 del código represivo Federal, se requiere que la obediencia sea legítima; esto es, la obediencia pasiva a un superior legítimo, en el orden jerárquica, no es punible cuando el mandato constituye delito, sino cuando esa circunstancia sea notoria o se pruebe que el acusado la conoce. En otros términos, son supuestos de la exculparte en estudio: que la obediencia pasiva sea prestada, precisamente, a un superior legítimo en el orden jerárquico, que no sea notorio que el mandato constituya delito o que se pruebe que el acusado o acusados no lo conocían."

Amparo directo 5963/61. Fallado el 14 de junio de 1962. UTILIDAD de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Quinta Época, Tomo LXXIII, página 5589. Amparo directo 5307/42. l' Cruz Procuró George. 4 de septiembre de 1942. Unanimidad ge cuatro votos. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen LX, Segunda Parte, página 35 *(IUS:* 260244).

"SUPERIOR JERÁRQUICO, EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD, POR ÓRDENES RECIBIDASDEL. La eximente del artículo 15, fracción VII del Código Penal, no se refiere a las jerarquías privadas sino a las oficiales." Amparo directo 2008/61. Fallado el9 de agosto de 1961. Cinco votos. Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen L, Segunda Parte, página 68 *(IUS:* 260837).

"EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD CONSISTENTE EN OBEDECER A UN SUPERIOR. La excluyente de responsabilidad criminal prevista en el artículo 15, fracción VII del Código Penal del Distrito, y que consiste en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituyaun delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía, no se justifica si los hechos ejecutados por el acusa-

---

[18] El término jurisprudencia está empleado de manera impropia. pues no sólo refiérase a tesis jurisprudenciales. sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

do tienen claramente el carácter de delictuosos, como en el caso en que por orden del superior el acusado altera los asientos de una contabilidad, recibiendo por ello una cantidad en calidad de regalo, por ser inadmisible que creyera que era lícito proceder de esta forma.".

Fallado el 7 de octubre de 1943. Cinco votos. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo LXXVIII, página 621 *(IUS:* 307069) .

"CONSENTIMIENTO DELOFENDIDO.Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la . conducta realizada no es antijurídica."

Amparo directo 4699/52. Fallado el22 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona al ponente. Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación,* Tomo CXXII, página 1348 *(IUS:* 295224).

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLISEI, Francisco: *Manuel di Diritto Pénale,* Milano, ed. 1947; CENICEROS y GARRIDO: *La ley penal mexicana,* Botas, 1935; CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano,* 1, Robredo, México, 1950; CASTRONÁJERA, M. Antonio: *El consentimiento del interesado,* México, 1962; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís: *Tratado de Derecho Penal,* IV, Buenos Aires, 1951; LABATUT, Gustavo: *Derecho Penal,* San Diego de Chile, 1958; MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal,* 1, Bogotá, 1954; MANSANLLO, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal.* n, Ediar, Buenos Aires; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal, J,* Madrid, 1955. Trad. José RODRÍGUEZ Muñoz; PORTEPETIT, Celestino: *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* México, 1958; SOLER ,Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 1, Buenos Aires, 1951.

CAPÍTULO XVI

LA CULPABILIDAD

SUMARIO

l. Generalidades.-2. Evolución del concepto de culpabilidad.-3. Teorías sobre la culpabilidad: *A.* Teoría Psicológica. *B.* Teoría normativa.-4. Elementos de la culpabi1idad.-5. El contenido de la culpabilidad.-6. La imputabilidad.-
7. La in imputabilidad.-8. Las acciones libres en su causa.

1. GENERALIDADES

Hemos venido insistiendo que el delito es la conducta o hecho típico antijurídico, *culpable* y punible, confirmando así lo precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos: la *culpabilidad* es un elemento constitutivo del delito; sin él no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedó apuntada por BELINGA l elaborar el principio "bulla poema sine culpa", cuyo rango es fundamental en el Derecho penal moderno.

En *amplio sentido* la culpabilidad ha sido estimada como *"el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprobabilidad personal de la conducta antijurídica* ",1 comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en *sentido estricto,* como lo observa WELZEL, culpabilidad *es reprobabilidad,* calidad específica de desvalora que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.2 Desde este punto de vista la libertad

---

[1]JIMÉIEZ DE ASUA: *La ley y el delito,* p. 379, Editorial Temis, 2' edición, 1954.

[2] *Derecho Penal. Parte General,* p. 149, Desalma Editor, Buenos Aires, 1956. En *sentido amplio* la culpabilidad. Expresa Von LlSZT.es la *responsabilidad del autor* por el injusto cometido. "En este amplio sentido encontramos la idea en el veredicto de culpabilidad de los jurados. Que también abarca la acusación del resultado por parte del autor, y la ilegalidad del acto. La ciencia. que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un *sentido estricto.* Comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre acto y el autor. Esta relación debe tomar como pronto de partida el *hecho concreto,* pero al mismo tiempo sale fuera de él, dando entonces al acto el carácter de expresión de la *naturaleza propia del autor* y aclarando el valor meta jurídico de la culpabilidad. *Tratado de Derecho Penal,* 11, pp. 387-388, Ed. Reus, Madrid. Trad. Luís] IMÉNEZ DE ASUA. Es conveniente recordar que MAURACH externa el criterio de que la culpabilidad es *reproche* al autor por haber éste abusado de su imputabilidad, en relación a un hecho punible determinado: Según este autor, la culpabilidad

de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche suponenecesariamente libertad de decisión y capacidad de irreprochabilidad.[3]

2. LAEVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad ha sido considerada, a través del tiempo, de diversas maneras. Primeramente, en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente *objetivo,* siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

Posteriormente tomase en cuenta, además, para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad, un elemento psicológico relacionarte del daño con su autor, el cual hizo se consistir en la *previsión* del evento y la *voluntariedad* de su acusación. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

En el primitivo Derecho punitivo, fundado en el principio de la venganza de sangre y la composición, fue del todo desconocida la exi-

---

jurídico- penal goza de perfecta autonomía frente a otros juicios de desvalora semejantes, de lo que extrae como consecuencia que culpabilidad jurídico-penal no es lo mismo que culpabilidad definida conforme a valoraciones religiosas o ético individuales. Planteado el problema de si la culpabilidad debe referirse al "acto aislado" con lo que se agotaría el reproche al autor o si el mismo se deriva más del "autor" que del acto, hace notar que aun cuando no existe una *unitaria teoría de la culpabilidad del autor,* sin embargo, en los autores se da como un criterio común la idea de que el sujeto debe responder por su carácter, por su "ser así", pues el acto en sí mismo, incoloro o no exhaustivo de su injusto "adquiere únicamente colorido como característica de la personalidad desvalorada". No obstante, concluye en este punto MAURACH, las teorías de la *culpabilidad del autor* no se han podido imponer, pues tanto la doctrina como la práctica la han combatido, pronunciándose con claridad en favor de la limitación de la *'culpabilidad del acto aislado,* entre otros NAGLER, ENGISCH y H. MAYER. Al referirse al concepto esencial de culpabilidad, MAURACH aduce que la nota decisiva "reside en la clara separación entre el desvalora 'culpabilidad' que grava al autor, y el injusto que distingue el acto", para agregar que dicha esencia "ha sido acertadamente apreciada en lo que la culpabilidad constituye *un juicio sobre el autor...* Culpabilidad, según la opinión dominante, es el *reproche* que alcanza al autor por la relación existente entre él y el acto cometido, y que justifica la aplicación del mal de la pena", para inmediatamente aducir que culpabilidad debe ser también... "reproche que alcanza *personalmente* al autor, que le alcanza como *individualidad.* Sólo es capaz de culpabilidad el sujeto aislado". *Tratado de Derecho Penal,* II, pp. 13 Y ss. Ediciones Ariel, Barcelona. Trad. Juan CÓRDOVA RODA. s Hace notar SOLER que, concebida la culpabilidad como irreprochabilidad, forman parte de elIa, como elementos, las condiciones que hacen reprochable la acción, entre las cuales figura el carácter imputable del sujeto. Colocar en el mismo rango a la imputabilidad, al dolo *y* a la culpa. dificulta establecer clara diferencia entre las causas de exclusión de la imputabilidad y las de exclusión de la culpabilidad. Reprocha a la concepción normativa su desorden metódico, entre otros defectos, originarte de una complicación inútil y engañosa de la sistemática. *Derecho Penal Argentino,* II, pp. 17 Y ss. Buenos Aires, 1951.

gencia de la culpabilidad para la sanción de los hechos considerados ilícitos. El Derecho romano, surgido del robustecimiento de las instituciones públicas, vino a consagrar la necesaria concurrencia del *dolo* para los delitos públicos, mientras que para la punición de los delitos privados, consideró suficiente la *culpa,* poniéndose ahora en duda si en casos de delitos privados graves, como el homicidio y el incendio, se llegó a la pena pública a través del concepto de la culpa. Para Franz VON LISZT el delito culposo, no fue conocido en ninguna de las diversas etapas de evolución del Derecho romano, correspondiendo a la ciencia italiana de la edad media la integración de la culpa como una forma de culpabilidad, llegando a distinguir aquélla del caso fortuito "La Carolina examina, en su artículo 146 -expresa LISZT-,la naturaleza del homicidio culposo. Este artículo, así como los artículos 136, 138 Y 180, constituyen los fundamentos sobre los cuales se elabora, más tarde, el Derecho común..En todo delito se requiere una mala intención, dolo. En la culpa existe un *suazi crimen* que sólo puede ser castigado con penas arbitrarias. Esto ocurría en Prusia en 1620, e igualmente en Basaría aún en 1813. Así fue elevada la culpa a una de las formas generales de la culpabilidad, pero sin llegarse a delimitar su concepto".[4]

En épocas relativamente recientes surgió una corriente conocida como "concepción psicológica", cuya meta, la esencia de la culpabilidad, descansa en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que hace posible la aplicación de las consecuencias penales. Puesta en duda la común naturaleza del dolo y la culpa, entreviéndose la imposibilidad de estimar en ambas operantes el mismo criterio psicológico, se hizo necesario, en opinión de algunos autores, buscar una solución adecuada para armonizar tal contradicción. SEUFFERT, apoyándose en ideas cuyo origen se pretende ubicar en ALMENDINGEN, en el siglo XVIII, elabora una *teoría mixta* en la cual el dolo entra a formar parte de lo psicológico, mientras la culpa pertenece a la ética y al Derecho.[5]

Con Reinhart FRANK*(Uber den A ufban des Schuldbegrifj)* se inicia una corriente, llamada *normativa,* que implica posición diversa en el enfoque de la culpabilidad, a la cual se adhieren, con variantes, por no existir entre ellos una verdadera unidad de pensamiento, GOLDSCHMIDT*(Normativer Schudlbegrifj),* FREUDENTHAL *(Schuld Und Vorwurj)* y MEZGER*(Lehrbuch),* entre los autores alemanes. Esta doctrina, cuya aceptación crece día a día, hace de la culpabilidad psicológica su objeto, estructurando el concepto de *reprochabilidad* como su esencia.

---

[4] *Tratado,* n, p. 393.

[5] Carlos FONTÁ1'1BALESTRA:*El elemento subjetivo del delito,* p. 10. Depalma Editor, Buenos Aires, 1957.

3. TEORÍASSOBRE LA CULPABILIDAD

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penalista se debate, principalmente, en dos posiciones diversas: la *psicologista* y la *normativista.*

A. *Teoría psicológica.* Para esta teoría la culpabilidad consiste, como lo declara ANTOLISEI, en el *nexo psíquico entre el agente y el acto exterior,* [6] o como anota Carlos FONTÁNBALESTRA, en *la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él[,*[7] Así entendida la culpabilidad, tanto el dolo como la culpa son *formas de vinculación,* admitidas por la ley, entre el aUtor y el hecho ilícito, constituyendo la imputabilidad el *presupuesto* de aquélla.[8]

SOLER,adherido a la concepción psicológica precisa, con relación al hecho concreto, que se afirmará la culpabilidad *cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico.* Ello supone, en primer término, *la vinculación del sujeto con el orden jurídico* y, por otra parte, *la vinculación subjetiva del proPio sujeto con su hecho,* fenómenos ambos de naturaleza psicológica pero que atienden a fundamentos distintos, pues mientras el primero implica una valoración normativa, el segundo está privado de toda valoración.[9]

En síntesis, para esta teoría la culpabilidad *es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.* Así como la antijuridicidad es el resultado de una valoración objetiva concreta del hecho -dice SOLER-,la culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración *debida* y el desvalor creado, conciencia de la criminalidad del acto"[10]

Ignacio VILLALOBOS concretiza el concepto afirmando que la culpabilidad *es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación,* esto es, *el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.*[11]

De lo anterior inferimos que para esta teoría lo predominante es la *relación subjetiva entre el autor y su hecho,* lo cual implica afirmar un carácter fundamentalmente psicológico. [12]

---

[6] *Manuale di Diritto Penale,* p. 167, Milano, 1947.

[7] *Ob. cit.,* p. 4.

[8] *Loc. cit.*

[9] *Ob. cit.,* n, p. 68.

[10] *lbídem,* p. 69.

[11] *Derecho Penal Mexicano,* p. 272. Ed. Porrúa, S. *A.,* México, 1960.

[12] Una "concepción psicológica pura" ha sido puesta en duda. Al respecto FONTÁ.'IBALESTRA aduce: "Un puro psicologismo tendría que afirmar algo así como que la culpabilidad es una posición psicológica, sin referencia alguna al orden jurídico, yeso, efectivamente, no creemos que lo haya sostenido nadie. Sería tanto como afirmar que, diga lo que diga la ley, la teoría de la culpabilidad se construye con independencia de ello". *Ob. cit.,* p. 14.

B. *Teoría normativa:.Al* igual que la psicológica, .la teoría normativa presupone, para estructurar su concepto de la culpabilidad, *la existencia de una conducta o hecho antijurídico.* La culpabilidad precisa WELZEL-,agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación, entre la acción y el orden jurídico, que establece divergencia objetiva entre una y otro,. la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla.[13]

En este punto el pensamiento de GOLDSCHMIDT tiene proyección distinta al pretender separar la culpabilidad del injusto, estableciendo un marcado divorcio entre ambos elementos del delito. Para este autor, la "norma de Derecho" fundamenta el injusto, mientras la "norma del deber" estableció idéntica función respecto a la culpabilidad. Para sostener tal criterio, argumenta afirmando la existencia, aliado de la *norma de Derecho,* de otra denominada *norma de deber,* que exige al individuo conformar su proceder interno de tal forma que corresponda a la conducta externa impuesta por la norma jurídica. Con ello, aunque no niega la antijuridicidad objetiva, pretende la posibilidad de una "culpabilidad sin resultado antijurídico", a cuyo efecto invoca

[13] *Ob. cit.,* p. 145. Reinhart FRANK sintetiza las críticas hechas a la teoría psicológica al señalar que, si la culpabilidad consistiera tan sólo en un vínculo psicológico entre el acto y su autor, habría *imposibilidad* de medirla pues se actúa con dolo o culpa o sin ellos, pero no con más o menos dolo o más o menos culpa, y no obstante, pertenece a la cultura popular el criterio de que una persona puede ser más o menos culpable, criterio de medición que no puede hacerse en función del vínculo psicológico señalado, por su inmutabilidad, por lo que dolo y culpa no agotan el recinto de la culpabilidad, al cual pertenece otro elemento susceptible de alteraciones cuantitativas, conclusión a la que también se llega si se contempla el asunto desde otro ángulo; los inimputables, los que obran por coacción o bajo miedo insuperable actúan indudablemente con dolo o culpa, pues un niño, un loco o una persona aterrada pueden conocer el hecho típico y encaminar su voluntad a su realización, o bien incurrir en una imprudencia, a pesar de 10 cual se niega en tales casos la culpabilidad. Si ésta fuera puro vínculo psicológico tal conclusión es inadmisible, ya que en las situaciones propuestas el vínculo de referencia permanece inalterable. A 10 anterior, FRANK agrega la observación de que el criterio psicológico de la culpabilidad es inepto para explicar la naturaleza de la *culpa inconsciente,* en la cual no existe dicha vinculación entre el autor y el resultado. Lo anterior 10 lleva a concluir que culpabilidad es *reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica; actúa culpablemente aquél a quien puede* reprocharse *por haber obrado de modo contrario al Derecho, en circunstancia.. en que podía adecuar a él su conducta,* definición de la que se extraen como elementos de la culpabilidad: la *imputabilidad* (capacidad de culpabilidad); el *vínculo psicológico,* constituido por el dolo o la culpa, que no son sino *formas de reproche,* y la *normalidad de las circunstancias concomitantes,* que permite al sujeto obrar conforme al derecho, y que da base para reprocharle a éste el no haber escogido tal alternativa. Este último elemento, la *normalidad de* las circunstancias, puede ser "más o menos completa y de ella depende la *magnitud* del reproche, que puede disminuir cuando la anormalidad sea mayor y, en casos extremos, en que al sujeto no le sea posible adaptarse a las exigencias del derecho, no se le' podrá reprochar el hecho, pues no habrá lugar a exigirle una conducta distinta. Como se observa, la elaboración de FRANK transforma el concepto de culpabilidad en forma esencial, al convertirse en un juicio normativo que requiere apreciaciones *axiológicas. Estructura de concepto de culpabilidad,* pp. 13 Y55. Cfr. cit. Enrique Ct:RY, *Orientación para el estudio de la Teoría del delito,* 177 a 179, Universidad Católica de Chile, 1973.

la tentativa, la culpa inconsciente y las causas excusantes,[14] "casos típicos" refutados con todo éxito, a nuestro juicio, por MEZGER. Hace observar este autor, respecto a la tentativa el esfuerzo de la teoría objetiva para fundamentar su antijuridicidad en apoyos objetivos, tales como el principio de ejecución típica, la puesta en peligro del bien jurídico, etc., no siendo posible por ello, a GOLDSCHMIDT, encontrar en esa teoría la base de su pretensión, como tampoco podría hallarla en la teoría subjetiva de la tentativa, por apoyarse ésta en el punto de vista de la antijuridicidad subjetiva, y consistiendo lo injusto en la violación de un mandato prohibitivo, existe identidad absoluta entre la norma de derecho y el imperativo, lo cual excluye la posibilidad de referirse a una norma *independiente* que subsista allado de aquélla. Refiriéndose a la culpa inconsciente sostiene, con razón fundada, la imposibilidad de considerada como *delictum sui generis,* pues la culpa se castiga atendiendo al resultado producido en cada caso (homicidio culposo, lesiones culposas, etc.) y no de modo unitario. Por último, considera también fallida la referencia de GOLDSCHMIDT a las "causas excusantes", pues aquí "la *norma de deber* no es una *norma* independiente allado de la norma del derecho, sino una *norma de determinación* que se dirige imperativamente al individuo, derivada de la *norma de valoración (norma de derecho).* Tal derivación tiene lugar con arreglo a las propias leyes; no en todo caso se deduce de la norma valorativa la norma de determinación, como lo demuestra el caso de la inimputabilidad. Las llamadas causas excusantes son casos de esta índole en los que no se produce la derivación; pero la *norma valorativa* y con ella la antijuridicidad, permanecen incólumes. *En cambio, sin una norma valorativa no existe ninguna norma de determinación 'independiente'.* Aquélla es el presupuesto lógico de ésta. Por tanto, falta a la *norma de deber* la *independencia* interna frente al injusto".[15]

La culpabilidad, para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente *un hecho psicológico concreto,* deben precisarse los *motivos* del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa. Este camino, necesario, no agota la investigación del concepto de culpabilidad, pues determinados los *motivos* debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no *reprochable,* para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la *personalidad del autor,* le era 'exigible' una conducta acorde con el Derecho. *La culpabilidad, en suma, consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica,* [16]pues como se ha dejado anotado, el

---

[14] Cfr. MEZGER: *Tratado de Derecho Penal,* n, p. 24, Madrid, 1957. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz.

[15] *Loc. cit.*

[16] MEZGER: *Tratado,* 1, p. 11.

hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor. Culpabilidad significa, en opinión de MEZGER, "un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser *castigado* no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serIe personalmente reprochada"[17]

Concluyese de lo anterior, como el propio MEZGER reconoce, que culpabilidad equivale a *reprochabilidad,* de donde la culpabilidad jurídico penal no puede ser en sí el hecho en su significación psicológica, sino la propia situación de hecho valorada normativamente.18 Ello supone un juicio de *referencia* y de *valoración* mediante el cual se determina que el autor del hecho típico y antijurídico lo ha ejecutado *culpablemente.* "Puede parecer extraño a simple vista la idea de que 'la culpabilidad' de un hombre no deba radicar en su propia cabeza escribe MEZGER-,sino 'en las cabezas de *otros* '. Pero fijémonos en esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también 'culpablemente' se *enlaza,* en verdad, en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero *valoriza* a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente. Sólo mediante este juicio valorativo del que juzga, se eleva la realidad de hecho psicológica al concepto de culpabilidad. El juicio de culpabilidad es, ciertamente, un juicio de referencia a una determinada situación de hecho y, en tanto, por consiguiente, un *'juicio de referencia* " como se le ha denominado en la bibliografía; pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su naturaleza esencial propia, y sólo en virtud de una *valoración* de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación fáctica, sino esta situación fáctica como objeto del reproche de culpabilidad".[19]

FONTÁN BALESTRA se muestra inconforme con la para él indebida extensión dada al concepto de culpabilidad por la escuela normativa, considerando que mientras ésta afirma no consiste aquélla sólo en la

---

[17] *Tratado,* 11, p. 11.

[18] MEZGER:*Tratado,* II, p. 13.

[19] *Tratado,* 11, p. 12. A FRANK se le criticó al indicársele que si culpabilidad es juicio normativo de reproche, consecuentemente no está en la cabeza del delincuente sino en la del juez. postura calificada de absurda, aduciéndose que *la conducta es culpable por sí misma,* mas no porque una persona ajena a quien la produce así lo considere; la prueba evidente de lo anterior radica en que el reproche que haga el juzgador, se apoya en la circunstancia de que la conducta enjuiciada contiene ya los elementos que llevan a declarada reprochable y son tales elementos y no el reproche lo que constituye la culpabilidad. En realidad. como lo ha reconocido la *teoría normativa,* no es posible negar que la conducta en sí misma es reprochable, pero lo que constituye propiamente la culpabilidad es su *uprochabilidad* o sea el disvalor de ella hecho a través del *juicio de reproche.* El propio FRANK se empeñó en destacar que la culpabilidad tiene que establecerse mediante el juicio de reproche, dado que tal elemento es *normativo y valorativo.* Véase Enrique CURY *ob. cit.,* pp. 179-180.

relación psicológica, sino en *algo más,-que* es el juicio de reproche hecho sobre esa situación, nada puede objetársele, mas cuando, sin solución de continuidad se establece que culpabilidad es el juicio de reproche, esa afirmación se hace porque sí. La culpabilidad, aduce, puede ser una situación valorada por el Derecho, pero la valoración no puede suprimir el objeto' valorado y menos reemplazarlo por el juicio de valor. "La culpabilidad -expresa textualmente-, es una *actitud subjetiva reprochable,* pero no *el reproche de una actitud subjetiva.* Por eso, mientras se dice que 'por culpabilidad se entienden las relaciones anímicas del autor con su hecho que llevan a que se haga un reproche por ese hecho', nada hay objetable, pero cuando a continuación se dice que la culpabilidad es ese reproche, se pone un objeto en lugar de otro, o, más correctamente, se reemplaza el todo por una de las partes, sin ningún razonamiento que lo explique y dando un salto en la exposición lógica".[20]

Uno de nuestros tratadistas, Ignacio VILLALOBOS, de decidida posición psicologista, estima integrada la culpabilidad con dos elementos: una *actitud psicológica* del autor y una *valoración normativa* de aquélla, productora del reproche en virtud de la oposición en que, con relación al Derecho, se coloca el sujeto. "Sin embargo -razona-, lo que ahora interesa es la *actitud psicológica* del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuridicidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo el proceso de valoración, de reproche y aun de punibilidad". Culpabilidad y reprochabilidad, en su criterio, son meros "adjetivos" para calificar una conducta o a su autor, lo cual, equivale a sostener que "la reprochabilidad es consecuencia de la culpabilidad" o dicho de manera distinta, "una conducta es reprochable en tanto que se produce culpablemente".[21]

Modernamente se precisa que el *principio de la culpabilidad* da por supuesta la existencia de' la *libertad de decisión* del autor, la que se fundamenta en su *capacidad* de actuar de manera distinta a la que lo impulsa el hecho antijurídico. Según lo expresa H. H.jEscHEcK, "la determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según contenidos de sentido, valores y normas" y por ello el *reproche de culpabilidad* "sólo puede dirigirse al individuo en los términos siguientes: el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otra forma, en el sentido de que con arreglo a nuestra experiencia sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de otro modo en las concretas circunstancias, empleando la

---

[20] *Ob. cit.,* p. 11.

[21] *Ob. cit.,* p. 275.

fuerza de voluntad que posiblemente faltó al autor, (...). El traslado del problema a la expectativa de acción referida a 'otro' supone materialmente dos cosas: primero, en el hombre adulto sólo pueden excluir el reproche de culpabilidad *circunstancias extraordinarias* que concurran en la persona del autor o en la situación que rodea al hecho; segundo, de toda persona se supone que hubiera podido *conseguir* la fuerza de voluntad necesaria para vencer la tentación de cometer el hecho (...)". Más adelante, jEscHEcK hace notar que el referido principio de culpabilidad no sólo requiere el decidir el hombre *con libertad* sino que lo haga *correctamente,* pues junto a la libertad de querer debe hallarse la capacidad para los valores, ya que sin ésta "las decisiones humanas no podrían venir determinadas por normas de deber", aduciendo claramente que el *medio* para percibir los conceptos valorativos y enjuiciar de antemano las propias acciones es la *conciencia* (fuente del conocimiento del Derecho y del injusto),'por lo que el juicio de culpabilidad está relacionado con todos los procesos que intervienen en la formación de la voluntad. Haciendo historia y con referencia concreta a la concepción *normativa de la culpabilidad,* el autor que glosamos expresa que la misma "intenta incluir la totalidad de los elementos psíquicos del hecho bajo un solo concepto material que permita la valoración de la parte interna del hecho y haga comprensible, así, qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo debe enjuiciarse la falta de sus elementos particulares", considerando que el primer paso lo dio FRANK al afirmar que la culpabilidad es un *juicio de valor,* apoyado en el mandato de la norma sobre una situación de carácter psíquico, de manera que *culpabilidad es reprochabilidad,* siendo el siguiente paso el percatarse que la culpabilidad no es tanto un juicio sobre la naturaleza subjetiva del hecho, cuanto en la propia naturaleza defectuosa de la voluntad de acción, lo que según jEscHEcK permitió ordenar adecuadamente los elementos de la culpabilidad: *"capacidad de culpabilidad,* en cuanto condición previa de la formación de una voluntad de actuar conforme a Derecho", la que resulta ser el *presupuesto* de la culpabilidad. "La voluntad de actuar culpable aparece bajo las formas de culpabilidad representadas por el *dolo* (conocer Y querer el hecho) y la *imprudencia* (no conocer pudiendo conocerse). Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (...) se explican por la anormalidad de las circunstancias concomitantes", agregando que por exigencia de la teoría normativa de la culpabilidad se admitió la conciencia de la antijuricidad generalmente en el dolo "puesto que la voluntad de actuar no aparece como digna de censura cuando concurre un error de prohibición inevitable", siendo la última consecuencia de la mencionada concepción normativa al reconocimiento de la *inexigibilidad* de un comportamiento acorde a la norma como causa general de exclusión de la culpabilidad, debido esto al aporte de FREUDENTHAL.

Sigue relatando jEsCHEcK que la teoría *normativa* tuvo otra "profundización" a virtud de la *teoría final de la acción* (WELZEL)al *excluir* el dolo de la culpabilidad y proclamar que el mismo formaba parte de la *acción* y por tanto también del *tiPo de injusto,* 10 que lleva a considerar que el injusto, "es la totalidad de las propiedades de la *voluntad de acción* que permite contemplarla como no debida, en tanto la culpabilidad es el conjunto de las características que la hacen aparecer como reprochable". Más modernamente, considera jEsCHEcKque la evolución ha ido más allá de aquella fase, ya que mientras para WELZEL"el objeto de la antijuridicidad coincide con el de la culpabilidad, a saber, la voluntad de actuar, que de una parte se valora como no debida y de otra como reprochable, la doctrina más reciente ha podido asegurar al juicio de culpabilidad un *objeto de referencia propio:* objeto del juicio de culpabilidad es el hecho a la vista de la *actitud interna jurídicamente defectuosa* (actitud interna frente al Derecho censurable) de la cual ha surgido la resolución de cometer el hecho-(…). Configurando la actitud interna del conjunto de principios de actuación que sirven de base a la resolución de realizar el hecho. La actitud interna no debe entenderse, pues, como actitud permanente, sino como la *'disposición actual'* (GEsONNENSEIN) en la formación de la resolución del hecho. Culpabilidad significa, según esto: 'reprochabilidad del hecho en atención a la reprobable actitud interna manifestada en el mismo' *(Callas).* Lo que se reprocha es siempre, por supuesto, el hecho y no sólo la actitud interna. Más el hecho recibe, gracias a la actitud interna de la que surge, su propio contenido de valor o desvalor. La actitud interna constituye, así, la *razón* por la que el hecho se reprocha con mayor o menor intensidad al autor" *(Ob. Cit.,* pp. 577 a 580).

4. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad y por tanto como sus elementos, los siguientes:

I. La *imputabilidad,* tratada por nosotros en este mismo capítulo.[22]

---

[22] En igual sentido una importante corriente de doctrina. Albano ARTEAGASÁCHEZ propala que el primer elemento para la formación del juicio de culpabilidad es la *imputabilidad,* pues para que un hecho pueda considerarse realizado culpablemente, se requiere la *imputabilidad* o capacidad penal del sujeto. "La reprochabilidad que constituye la esencia de la culpabilidad supone en el sujeto, como condición indispensable, la imputabilidad, no pudiendo considerarse culpable al incapaz", dado que el sujeto debe poseer determinadas condiciones de madurez y conciencia moral. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible,* pp. 97-98. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975. SAINZCANTERO ubica a la *ilnputabilidad* dentro de la estructura de la culpabilidad, como un *presupuesto* de ésta porque supone, en el sujeto de la acción, *capacidad de entender lo ilícito de la conducta que realiza y capacidad de poder actuar conforme a ese conocimiento,* capacidad sin la cual, "no podrá serie reprochada la comisión del hecho". *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* p. 636. Boseh editorial, Barcelona, 1990.

II. Las *formas de culpabilidad,* dolo y culpa, consideradas por algunos, como SAUER, [23]partes *integrantes* de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y

III**.** La *ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad,* pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el de *presupuesto* de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro *hecho psicológico,* por cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

5. EL CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

MEZGER determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al *acto de voluntad;* a los *motivos del autor* y a las *referencias de la acción a la total personalidad del autor.*[24]

Al *acto de voluntad* por ser la "referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta" (parte psicológica de la culpabilidad).

A los *motivos del autor,* por ser importante no sólo para la imputabilidad y el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad).

A las *referencias de la acción a la total personalidad del autor* porque el acto debe ser adecuado a la *personalidad* de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).

6. LA IMPUTABILIDAD

La imputabilidad ha sido considerada como un *presupuesto general del delito;* como un *elemento integral* del mismo, o bien como el *presupuesto de la culpabilidad,* según recién dejamos anotado.[25]

---

cuando el sujeto no es imputable y también cuando no hay dolo mi *culpa* o *concurre una causa de no exigibilidad de otra conducta. Derecho Penal Español. Parte General,* p. 557. Séptima edición, Madrid, 1979.

[23] *Derecho Penal,* pp. 228-229, Barcelona. 1956. Trad. Juan DELROSALYJosé CEREZO.

[24] *Tratado,* n, pp. 54 Yss.

[25] Con toda razón ZAffARONIrechaza el criterio de tener a la imputabilidad como *presupuesto de la culpabilidad,* al declarar que ello no tiene un significado doctrinario preciso y cieno, en t;¡.nLOse apoya en la idea de *capacidad* del sujeto que algunos colocan en estrado *anterior* a la culpabilidad y otros dentro de ella. "Su ubicación en el plano anterior al de la culpabilidad puede tener sentido en tanto que se considere a la culpabilidad en forma psicológica. pero rechazada esta posición, carece de coherencia. porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad. Una capacidad psíquica de Liricidad (aún rechazando la ubicación del dolo en el tipo, pues basta con que se acepten, los elementos subjetivos del tipo). Antes de la justificación una capacidad psíquica para la misma, y antes de la acción, una capacidad

Autores como MASSARI y MARSICH distinguen entre presupuestos *generales* y presupuestos *particulares* del delito. Al aceptar tal distinción se ha argumentado que, siendo el delito un hecho surgido del hombre, no puede' tener realidad sin la preexistencia de un *sujeto imputable.*PORTE PETIT clasifica los presupuestos en *generales* y *especiales* e invocando a MASSARI y a PETROCELLI señala, como presupuestos generales del delito, tanto a la *norma penal,* como al *sujeto;* al *bien tutelado* y a la *imputabilidad.*[26]

JIMÉNEZ De Asúa, al definir el delito lo estima "un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción", otorgando a la *imputabilidad* el carácter de *elemento* integral del mismo. "Los escritores alemanes -dice el jurista español-, acostumbran tratar

---

hipertrofiaría innecesariamente el capítulo de la capacidad psíquica para e! delito que, a guisa de corte longitudinal en la teoría, vemos que funciona en cualquiera de sus estratos: allí donde se requiera 'algo' de subjetivo, se requerirá también una particular capacidad". *Teoría del Delito,* p. 585, Ediar editora, Buenos Aires, 1973. 26 *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal,* pp. 135 Yss. La idea de considerar a la imputabilidad como un *presupuesto* del delito, descansa fundamentalmente en la circunstancia de estimada como un *atributo* del sujeto, quien preexiste en e! orden natural a su *hecho* y por ende al delito mismo. Desde tal punto de vista, la posición que sostiene la identidad de la imputabilidad como un *presupuesto general* del delito, sólo es sostenible *formalmente* y ello en caso de aceptarse la categoría de los presupuestos, lo cual ha sido puesto en duda con harta frecuencia. En efecto, se ha dicho que *ex-ante* todo puede ser considerado como presupuesto del delito: *norma penal, sujetos, medios comisivos,* etc., en tanto *ex-post* "todo se compenetra en el delito y por ello resulta difícil separar el presupuesto del elemento constitutivo". Idéntica crítica se hace a la estructura de MARSICH, al reprocharle el confundir delito con hecho, pues si bien en éste se presuponen los sujetos, activo y pasivo, la norma, el bien tutelado, etc., no es adecuado identificar ambas nociones, dado que el hecho es uno de los elementos constitutivos del delito, y si bien como fenómeno fáctico presupone la existencia de! sujeto que lo produce', éste resulta ser ajeno al concepto de hecho como parte esencial del delito, pues de aceptarse la autonomía del concepto de presupuesto, tendría que aceptarse, igualmente, que la imputabilidad es presupuesto de! hecho, presupuesto de la tipicidad, presupuesto de la antijuricidad y así sucesivamente. Si se quiere considerar la imputabilidad como presupuesto del delito, razona BETTIOL, puede seguir haciéndose, siempre que se advierta que tal sistematización tiene un carácter meramente *lógico-formalista,* pues en terreno más sustancial, el de la noción *normalivo- teleológica* de la culpabilidad, el problema cambia de aspecto, siendo la imputabilidad un dato psicológico sustancial que el juez debe determinar para formular su juicio de reproche al autor del hecho lesivo; aún tratándose de casos de responsabilidad objetiva, aduce BETIIOL, existe el juicio de culpabilidad aunque éste es de carácter anormal, en cuanto no se toma en cuenta la prueba de la demostración del nexo psicológico entre el hecho y su autor, dado que para tal fin basta el sujeto imputable y la acción voluntaria. Después de razonar lo anterior, BETIIOLconcluye, con absoluta lógica y razón, que se puede considerar la imputabilidad desde un punto de vista formal, antes de la perpetración del delito, como presupuesto de éste, pero desde el punto de vista del diagnóstico, ya no sucede lo mismo, pues se trata de un elemento del juicio de culpabilidad. *Derecho Penal* (Parte General), p. 359, Editorial Témis, Bogotá, 1965. A la anterior crítica, podemos añadir la consideración siguiente: existiendo una íntima vinculación entre la imputabilidad y el acto ejecutado, no es posible en un orden lógico, referirse a algo preexistente y condición de! delito, pu..s no debe olvidarse que éste es, fundamentalmente, un fenómeno jurídico y como tal es el hombre quien constituye su causa de interés para el derecho; por ello se ha dicho que la imputabilidad es un *atributo* de la persona como *autora* de la conducta que produce el resultado y que sólo puede ser importante dicho atributo o capacidad, *en el momento mismo en qUf'* la *conducta* o *acción se verifica.*

los temas de la imputabilidad Yde la culpabilidad *sensu stricto,* bajo la rúbrica común de *culpabilidad,* que, en sentido amplio, abarca todos los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Recordaremos que MAYER emplea la voz "imputabilidad" *lato sensu,* en el mismo sentido amplío que LISZTy MEZCER emplean el término 'culpabilidad'. Como ya hemos dicho, al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad como requisito del crimen, a fin de poder ilustrar mejor la base de la culpabilidad" .[27]

Parte de la doctrina penal se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como un *presupuesto de la culpabilidad,* especialmente los psicologistas, según lo indicamos anteriormente, al identificar la culpabilidad con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor. Dicha relación necesita fundamentación en el carácter *imputable* del sujeto, de manera que la *imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.*[28]

En lugar aparte afirmamos que sólo el hombre, como entidad individual, puede ser *sujeto activo* de delitos, pero para que la ley pueda

---

[27] *La leyy el delito,* p. 350.

[28] Si la imputabilidad es *capacidad del sujeto,* que consiste ordinariamente en el conocimiento de la significación del hecho en e! mundo normativo; capacidad de "dirigir sus actos dentro del orden jurídico" y por ello *condición* que hace *posible* la culpabilidad penal, afirmase que la imputabilidad es *presupuesto de la culpabilidad.* Ignacio VILLALOBOS se adhiere abiertamente a este criterio, sin ignorar opiniones tan respetables como la de yh:ZGER.señalando que si bien la *intención,* en su significado vulgar, es común a la conducta normal y a la de los enajenados, como igualmente a la del niño, por ser habitual atodos ellos, técnicamente o como sinónimo de *dolo,* no puede darse en los incapacitados dicha intención o voluntad consciente de ejecutar un acto antijurídico, pues \eres y tratadistas se refieren a la *intención delictuosa;* por tanto, e! que se considere a la imputabilidad como presupuesto o elemento de la culpabilidad. dependerá del concepto que se tenga del dolo y de la culpa... Si por dolo se entiende la intención ya formada en los seres humanos (discernimiento y voluntad normales) esa capacidad de funcionamiento por los elementos intelectuales y emocionales genuinos y limpios y no por sustitutos de atrofia o perturbación, no sed. Sino un *presupuesto* de la culpabilidad. *Derecho Penal Mexicano,* p. 272,2' Edición, Porrúa, México, 1960. VELATRE\IÑO comparte el mismo punto de vista y después de expresar que imputabilidad es capacidad de *entendimiento* respecto a la calidad de la conducta en razón de! suficiente desarrollo intelectual (tener la edad requerida por la ley) y la salud mental que permita una correcta *valoración* de lo antijurídico y de lo jurídico y de que se haya tenido en el momento de la producción del resultado típico, la facultad de autodeterminación tanto en la *decisión* como en el impulso de la voluntad, termina por estimar que si la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito sino formando parte contemporáneamente con él, resulta ser *fundamento para el juicio de reproche* relativo a la culpabilidad Ypor ello es un presupuesto de ésta. *Culpabilidad e inculpabilidad,* pp. 28-29. Editorial Trillas, México, 1977. Tales exposiciones son reiterativas de quienes sostienen la referida tesis, soslayándose el hecho de que al otorgarse a la imputabilidad e! Carácter de atributo del sujeto, se reconoce que forma parte de la culpabilidad, entendida ésta como reprochabilidad. o sea como *conjunto de elementos qUf' fundamentan el rf'proche del acto* al autor. con lo cual se incide en el error de equiparar la disposición interna de! autor. contTaria a la norma, al no poderse motivar en e! sentido de ésta, con la voluntad de realización del hecho. característica del dolo.

poner a su cargo una determinada consecuencia penal es necesario su carácter imputable. La *imputabilidad* y la *imputación* son conceptos esencialísimos) indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. Esta, al decir de MAGGIORE, lleva implícito un juicio de reprobación, mas no se puede reprobar ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y de castigo. "El juicio de culpabilidad presupone, pues, un juicio de imputabilidad. El uno es un juicio que recae sobre el hecho, en cuanto afirma que alguno es culpable; el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad, en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquél, se juzga al hombre como *sujeto real;* en éste, como *sujeto posible".*[29]

La imputación ligase íntimamente al juicio de culpabilidad, según lo destacó CARRARA, dado que imputar equivale a poner algo a cargo de alguien: *"imputación es un juicio sobre un hecho ya sucedido* ", en tanto *imputabilidad,* según lo precisó el maestro italiano, es un puro concepto, "la contemplación de una idea", lo cual lleva necesariamente a considerar que, si únicamente el hombre es imputable, la imputabilidad "es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal".[30]

La imputabilidad es la *capacidad de entender y de querer.* Para que el individuo *conozca* la ilicitud de su acto y *quiera* realizado, expresa Fernando CASTELLANOS, debe tener *capacidad* de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye "el presupuesto necesario de la culpabilidad". La imputabilidad, concluye, "es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho punitivo que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".[31]

---

[29] *Derecho Penal,* 1, p. 479, Bogotá, 1954.

[30] MAGGIORE. *Loc. cit.*

[31] *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* p. 218, Editorial Por rúa, 10' edición, 1976. "Algunos autores han pretendido establecer una distinción entre el concepto de *imputabilidad* y el de *capacidad penal* señalando que, además de la primera, el juicio de culpabilidad exige la capacidad de derecho penal. De acuerdo a esta posición, defendida, entre otros, por MANZiNi, la capacidad de derecho penal sería el presupuesto de la imputabilidad, refiriéndose aquélla a la idoneidad abstracta para ser sujetos de derecho penal, o a las condiciones que permiten a un sujeto entrar en relación con la norma penal o ser destinatario de ella, a los coeficientes psíquicos a que se refiere el sujeto. en tanto que la imputabilidad haría referencia a las condiciones concretas en que el individuo se encuentra al realizarse el hecho, a la capacidad de entender y de querer tal como se manifiesta en el hecho concreto, a los coeficientes psíquicos que viven en el hecho, Ahora bien, como sostienen otros autores, tal distinción carece de sentido y la diferencia que se pretende establecer, como bien lo señala MUZOTIO, entre una referencia al sujeto y al hecho, no es otra que la que corresponde a la diferencia entre la imputabilidad como capacidad de querer y la voluntad efectiva, concreta. referida al comportamiento o al resultado, o, en breve, a la causa o a los efectos. Y así, la pretendida capacidad penal no vendría a ser más que la imputabilidad, capacidad que, referida al acto, como manifestación de voluntad, da vida a la acción, al dolo y a la culpa". Alberto ARTEAGASÁNCHEZ. *Ob. cit.,* p, 100,

Inferimos que la noción de imputabilidad requiere no sólo *el querer* del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación Y mover su voluntad al fin concreto de 'violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y SUautor.

La Escuela Clásica fundamentó la responsabilidad en la *imputabilidad moral* y el *libre albedrío,* distinguiendo entre *imputables* e *inimputables.* "Todo el ingente edificio del clasicismo -escribe PUlGPEÑA-;toda la estructuracÍón Ybasamento de la legislación hasta ahora vigente en los pueblos cultos se ha apoyado en ese principio fundamental. Sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral. No hay reproche, pues, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia viola un precepto legal".[32]

Los positivistas negaron el libre albedrío proclamando *el determinismo.* El hombre es responsable *social* y no moralmente, de manera que imputables e inimputables deben responder, por igual, del hecho ejecutado y contrario al Derecho, haciendo la salvedad, respecto a los segundos, de su especial tratam~ento en sitios adecuados, ya como enfermos para su curación, o bien para su educación.

José ALMARAZ, dentro de esa corriente positivista, ha estimado que la conciencia criminal, la voluntad libremente determinada Y la capacidad de entender y de querer son distinciones conceptuales de práctica inutilidad Y sutilezas verbales del concepto de la voluntariedad de los actos humanos. Recordemos que los positivistas niegan el libre albedrío resultándo1es irrelevante la distinción entre imputables e inimputables, pues como el propio FERRllo hizo notar, para establecer si un acto es delictuoso o no, el elemento decisivo es siempre el psíquico, pero elemento no en el sentido de una pretendida elección libre o libertad volitiva, o simple voluntariedad como fundamento de la culpa moral, sino en el sentido psicológico de la génesis de todo acto humano. Es preciso por ello analizarlo, expresa FERRl,no como criterio ético de distinción entre moralmente responsables e irresponsables, sino como condición jurídica del delito y sobre todo como índole de una personalidad más o menos antisocial y peligrosa en el autor del hecho conminado con una sanción represiva.[33]

---

[32] *Derecho penal,* n, p. 61, Madrid. 1955.

[33] *Relazione del Prometo,* FERRI. Cfr. cit. en ALVARAZ: *Tratado Teórico., Práctico de Ciencia Pena/'*
11. p. 377. 1948.

Como podremos constatar adelante, no es del todo exacto que carezca de relevancia la distinción entre imputable e inimputable. La legislación penal del Distrito Federal, a través de las reformas de 1983, vigentes a partir del 13 de abril de 1984, estableció como causa excluyente de responsabilidad, en su artículo 15, fracción 11, el *trastorno mental y* el *desarrollo intelectua retardado* que impiden al sujeto la *comprensión del carácter ilícito* del hecho, o *conducirse* de acuerdo con esa comprensión, causa que en la reforma penal de 1993, en vigor a partir del primero de febrero de 1994, quedó estructurada, en la fracción VII del artículo 15 del Código penal, en los siguientes términos: Artículo 15. *El delito se excluye cuando:* VII. *Al momento* de *realizar el hecho tíPico, el agente no tenga la capacidad* de *comprender el carácter ilícito* de *aquél o* de *conducirse* de *acuerdo con esa comprensión,* en *virtud* de *padecer trastorno mental o desarrollo intelect'l;lalretardado,* a *no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente,* en *cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o lefuere previsible".* En la fórmula citada, la legislación positiva penal encuadró, como ya lo hacía el texto de la fracción II del artículo 15 citado anteriormente, tanto el trastorno mental *transitorio* como el *permanente y* el desarrollo mental retardado, condicionando la excluyente a la ausencia de la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho típico, en el momento de su realización, o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, salvo el caso de la provocación dolosa o culposa del trastorno mental, en que la ley pone a cargo del infractor el resultado típico causado, siempre que lo haya previsto o le *fuere* previsible.

Por otra parte, con independencia de la *exclusión* de su responsabilidad penal, a los inimputables si bien no se les imponen penas, pueden imponérseles *medidas* de *seguridad,* ya que conforme al artículo 67 del Código penal federal, en el caso de tales sujetos *"el juzgador dispondrá la medida* de *tratamiento aPlicable en internamiento o* en *libertad, previo el procedimiento correspondiente.* Si *se trata* de *internamiento, el sujeto inimputable será internado* en *la institución correspondiente para su tratamiento* (...)", agregando el artículo 69 que: "En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables".

Lo anterior viene a demostrar la validez de la distinción entre imputables e in imputables, aun cuando la misma no tenga las radicales consecuencias que le señaló la orientación clásica, siendo por otra parte' inexacto que en códigos de esa estructura clásica no existieran medidas de aseguramiento para los segundos.

En suma, la imputabilidad, según la ha definido MAYER, *es la posibilidad, condicionada por la salud y madurez esPirituales del autor,* de *valorar correctamente los deberesy* de *obrar conforme* a *ese conocimiento,*[34] o como señala Vn.LALOBOS, un tecnicismo referido a la *capacidad* del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico, la capacidad de obrar con discernimiento *y* voluntad, así como para ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente,[35]

La última reforma a nuestro Código penal Federal ha recogido, en la comentada fracción VII del artículo 15, la conocida institucióNjurídica de la *imputabilidad disminuida,* expresión para algunos equívoca n:lesafortunada *y* que, en opinión de MAURACH, hace referencia al sujeto imputable que, sin embargo, debe esforzar más su voluntad para alcanzar el grado de conocimiento y dirección de un sujeto anímicamente normal. Se trata, con ella, de designar ciertos estados *o* situaciones en que'un sujeto, teniendo afectadas sus facultades mentales *y* por ello *disminuida su capacidad* de *comprensión y voluntad,* no *está privado* de *su imputabilidad.* Sobre el punto, el propio MAURACH considera, acertadamente, que la disminución de la imputabilidad importa disminución de la culpabilidad, y que en tales casos al sujeto con menor capacidad de conocimiento y mayor inestabilidad, que sucumbe al estímulo criminal, debe tenérsele en cuenta esa disminuida capacidad de resistencia frente a los estímulos o impulsos pasionales, defec-

[34] Ver cita en SOLER,*ob. cit.,* n, p. 44. .

[35] *Ob. cit.,* pp. 277-279. En primer lérmino, la impulabilidad precisa en el sujelO la *posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho* y por ello del *deber de acatar el mandato* contenido en la norma; y en segundo lugar, *la posibilidad de realizarlo voluntariamente,* por lo que coincidimos conJI~IÉNEZDEAsÚAen que la imputabilidad es la *capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente (Tratado de Derecho Penal,* V. p. 86, EdilOrial Losada, Buenos Aires, 1976). El conocimiento de la ilicilud del hecho y del deber de acalamiento al mandalo de hacer o de no hacer, contenido de la norma, es revelador de que el sujeto reúne, a tal fin, las *condiciones mínimas* de *salud y desarrollo mental* para aprehender, respecto del hecho concreto, su significación jurídica y su vinculación personal con ésta. La determinación esponlánea a su realización significa poner en movimiento a la volunlad, en su más estriclo senlido, para hacer realidad el hecho pensado y decidido. Se trata consiguientemente de un hecho nacido de la libre elección. Como puede advertirse claramente, si bien conforme al crilerio de la "alribuibilidad" o "mismidad" (suitas) , el hecho úpico yantijurídico fundamenta una *responsabilidad asegurativo social* del amor, para emplear la acenada denominación de]IMÉNEZDEAsÚA,lo que permile la exislencia paralela de las medidas de seguridad y de las penas, tal concepto resulta ajeno a la culpabilidad, cuya noción presupone en el agente *capacidad* de *reproche.* La posibilidad de atribución, -dice DIAZPALOS- establece el enlace psíquico o espiritual entre el agente *y* el aClOpara poder decir que ésle es suyo, pero tal causalidad psíquica no basta para establecer la imputabilidad y la culpabilidad consiguiente, aunque es baslame para declarar la peligrosidad y correlaúvas medidas de seguridad, por ser necesario, además, que el acto pueda s~r atribuido a su agente corno a su *causa voluntaria (Teoría General de la Imputabilidad,* pp. 22.23. Editorial Bosch, Barcelona, 1965). La delermінación espontánea o *voluntad* en la causación del hecho, apóyase en el reconocimiemo de la *libertad* del hombre para elegir el acto ejecutado, emendida con ciertos límites que, de cualquier manera, permile proclamar la libre voluntad para decidir, realizar u omilir una precisa conducta, dando así asidero o fundamento seguro al reproche del hecho, a quien pudo actuar de manera diferente si hubiese acatado el deber de respeto al mandalo de la norma.

to del poder que origina disminución de la reprochabilidad y consecuentemente del grado de culpabilidad.[36]

El párrafo segundo de la fracción VII del artículo 15 citado declara que: *"Cuando la capacidad a que se refiere el Párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo* 69 *bis de este Código",* en tanto este dispositivo agrega lo siguiente: *"Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en lafracción VII del artículo* 15 *de este Código, ajuicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo* 67 *o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".*[37]

7. LA INIMPUTABILIDAD

Si la *imputabilidad,* según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho o determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la *inimputabilidad* supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello *incapacidad* para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Sólo por excepción el derecho positivo define la imputablidad, por lo que su concepto dogmático debe extraerse de las normas que regulan el tratamiento aplicable a los menores de edad o a los enfermos mentales, así como de los casos que taxativamente recoge la ley como excluyentes de responsabilidad y en los cuales es el trastorno mental la razón legal de su impunidad.

En la determinación de las causas de inimputabilidad las legislaciones penales emplean principalmente los criterios *biológico, psicoló-*

---

[36] *Tratado de Derecho Penal,* n, p. 120, Ediciones Mel, Barcelona, 1962. Trad.Juan CÓRDOBARODA. Para el profesor alemán, dicha *disminución* de la culpabilidad, conforme a los parágrafo s 51, párrafo 2 y 55, párrafo 2 del Código, no tiene significación material en la estructura del delito; si se considera que el sujeto con imputabiliaad disminuida realiza un hecho delictivo, las referidas disposiciones deben ser tratadas como *simples reglas de medición de la pena,* fenómeno que se produce igualmente en nuestro derecho, como se advertirá de la lectura del artículo 69 bis, en relación con el 67, ambos del Código penal. *Loc. cit.*

[37] Al igual que el Código Penal Federal, el nuevo Código del Distrito Federal no contiene un concepto *positivo* sobre la *imputabilidad.* Sin embargo y como lo explicaremos a continuación en el texto, es factible desde la noción de la *inimputabilidad;* que como causa de exclusión del delito se contiene en la reciente legislación, llegar a un concepto claro sobre aquél para nosotros elemento de la culpabilidad. En efecto, el artículo 29, fracción VII de dicho Código, interpretado a *contrarium sensum* nos revela que la *imputabilidad* es la *capacidad del sujeto, en el momento mismo de realizar el hecho típico de comprender el carácter ilícito de éste o de conducirse de acuerdo a dicha comprensión.*

gico y *mixto.* El primero excluye la imputabilidad con base en un factor *biológico;* el segundo en el *estadopsicológico* del sujeto que, por *anormalidad* como lo esla *perturbación de la conciencia,*por ejemplo, le impide el conocimiento de la ilicitud de su acción. Por último, el mixto se apoya en los dos anteriores.[38]

GARCÍARAMÍREZaduce que se ha empleado el giro sólo biológico o psiquiátrico, extray~ndo la eximente del mero supuesto del trastorno, sordomudez o minoridad, sin referencia alguna a las consecuencias psicológicas de ese estado; o se ha utilizado también la fórmula psicológica aludiendo a la exclusión de la voluntad, o, por último, se ha echado mano de la formulación biopsicológica (DEL ROSAL) o psiquiátrico- psicológicojurídica (JIMÉNEZDEAsÚA).[39]

El criterio *biológico*seapoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Los códigos, apoyados en dicho criterio, señalan determinada edad que ordinariamente fluctúa entre los 16y los 18 años, para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables. El *psiquiátrico* elabora la noción de inimputabilidad en función del *trastorno mental,* sea éste *transitorio* o *permanente,* en cuyo último caso desígnasele comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicosomática permanente. El criterio *psicológico,*apóyase en el concepto que desde tal punto de vista merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos genéricos comprende la *inmadurez mental,* independientemente del factor cronológico, y toda clase de alteraciones o traumas psíquicos "que afectan la esfera intelectiva de la personalidad o constriñen su voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biosiquismo en la medida en que disminuyan su capacidad de comprensión y de actuación ".40El mixto permite el empleo de las anteriores combinaciones, siendo las más comunes la biológica-psiquiátrica, la psicológica-psiquiátrica y biopsicológica.

Adúcese la existencia de un criterio más, el *jurídico,* concretado a la *valoración* hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho. La ley mexicana adopta un sistema *biopsicológico psiquiátrico,* por cuanto [38]

---

[38]Juan DEL ROSAL .*Derecho Penal Español. Parte General,* n, p. 13. Primera edición, Madrid. 1960.

[39]*La imputabilidad en el Derecho Penal Federal mexicano,* p. 19. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. México, 1968.

[40]Alfonso REYES. *La imputabilidad,* p. 95. 'Universidad Externado de Colombia. 1979.

atiende a ese triple orden de faCtores 'para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica (minoría de edad) como psicopsiquiátricas (estados de inconsciencia y enfermedades mentales). .

La ley positiva vigente, tanto en el Distrito Federal como en toda la República en materia federal, en sus artículos 29, fracción VII y 15, fracción VII, respectivamente, comprenden a los *trastornos mentales* tanto de carácter *transitorio,* como *permanentes,* que nulifican en el sujeto la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho o le impiden conducirse de acuerdo a esa comprensión, como una causa que excluye al delito. De la lectura de dichos textos se advierte, igualmente, que dentro de dicha excluyente se comprende también a los sujetos de *desarrollo intelectual retardado,* que al igual que los que sufren trastorno mental se encuentran en *imposibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.*

La fracción II del artículo 15, en su primitivo texto expresaba: *"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad:* 11. *Hallarse el acusado, al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos determinada por el emPleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes, o estupefacientes o por un estado toxinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio",* advirtiéndose que el precepto regulaba únicamente los trastornos mentales transitorios, comprendiendo los de origen patológico y los no patológicos.

Llamó de inmediato la atención, a los comentaristas del texto de 1931, la expresión *"estado de inconsciencia"* usado por la ley con relación a las situaciones en que el sujeto se encuentra bajo un *trastorno mental transitorio,* y como el Código Penal alemán de 1871, utilizó en precepto semejan te la misma denominación (estados de inconsciencia), útil es recordar que la jurisprudencia alemana estableció que por trastorno mental debía entenderse una *grave* perturbación de la *conciencia* que coloca al sujeto en la *imposibilidad de comprensión de la criminalidad del acto y de su libre autodeterminación,* lo que llevó a considerar que la pérdida del conocimiento no, era precisamente un requisito indispensable de la inconsciencia. Util, de igual manera, es tener presente que MEZGERla consideró una condición que va desde lo no morboso y por ello de carácter meramente psicológico, como lo es un estado tóxico o el crepuscular de procedencia epiléptica, hasta una de naturaleza patológica, que comprende la lipotimia, la embriaguez aguda, las perturbaciones de la conciencia determinadas por la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas, delirios febriles, estados crepusculares de base histérica, epiléptica o esquizofrénica, etc., y precisamente porque se consideró que el término "inconsciencia", era del todo insuficiente para comprender las variadas hipótesis que pue-

Den presentarse, Jiménez DEASÚA propaló el más amplio de *trastorno mental transitorio.*

Lo a toda luz evidente es la multitud de fenómenos que el trastorno mental transitorio puede comprender, y que van desde las llamadas perturbaciones normales de la mente, las simplemente psicológicas y las patológicas, a las que particularmente no podemos referirnos por rebasar los estrechos límites de estos comentarios. Raúl CARRANCÁ y TRUJILLO, a quien recordamos con admiración y respeto, precisó los siguientes estados de inconsciencia regulados en el primer texto del artículo 15, fracción II: *a)* los producidos por la ingestión de substancias embriagantes, tóxicas y estupefacientes.;. *b)* tos infecciosos, y c) crepusculares de mayor o menor duración e intensidad y transitorios con base histérica, epiléptica, neuropatía, etc. CARRANCÁ y TRUJILLO expresó que, a su entender, el precepto adoptó vocablos y situaciones no del todo acertadas, pues dado el nivel alcanzado por los estudios en psiquiatría, dúdase de la existencia de auténticos estados de inconsciencia, pues la perturbación de la conciencia "no es nunca pura", terminando por señalar que dentro de la aludida excluyente, quedan comprendidos los tres mencionados grupos en atención a su *causa* generadora. En síntesis, puede decirse que en los llamados estados de inconsciencia el sujeto se encuentra bajo un trastorno mental transitorio, originado por alguna de las ya señaladas causas, a las que se ha dividido en *fisiológicas y patológicas,* en atención a su más estricta naturaleza.

Por otra parte, el artículo 68 en su texto original daba tratamiento diverso a quienes se encontraban inmersos en un *trastorno mental permanente* o más o menos permanente, y cuya redacción al referirse a los "locos, idiotas, imbéciles", ete., recibió la indudable influencia de las legislaciones españolas, aunque no supo seguir el impulso renovador y modernista de éstas. En efecto, el Código Penal Español de 1870, en su artículo 8Q,inciso }Qdeterminó: *"Están exentos de responsabilidad penal:* 1*QEl loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón. Cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hosPitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal...* ".

Ante los textos tan imperfectos de los artículos 15, fracción II y 68 referidos, al integrarse las comisiones de estudio para la revisión del Código Penal, con el propósito de formular una legislación modelo para todo el país, lo que originó el proyecto de Código Penal Tipo de 1963, fueron dos las preocupaciones de quienes se encargaron de formular los nuevos preceptos: la de encontrar una fórmula que sustituyera a la de los "estados de inconsciencia", así como otra mejor a las inadecuadas expresiones empleadas por el segundo de dichos dispo-

sitivos, de "locos, idiotas, imbéciles, o losque sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales...", inclinándose sus integrantes, al decir de QUIROZCUARÓN, por las de *trastorno mental transitorio y enajenado o alienado mental,* respectivamente.

Con concreta referencia al texto transcrito y reforma de la fracción II del artículo 15, según decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 13 de enero de 1984, resulta fácil advertir el paso desmesurado que el legislador dio, abandonando fórmulas tan arcaicas como las señaladas anteriormente, para ahora abarcar en una amplia fórmula todas las hipótesis de inimputabilidad, sin acudir al recurso casuísta de describir sus orígenes. Ya QUIROZCUARÓN nos había explicado, en un artículo que se publicó en la Revista Mexicana de Derecho Penal (38 Agosto de 1964), que Enrique Federico PABLO BONET,había distinguido dos especies, el *completo* y el *incompleto,* precisando que el primero engloba preferentemente ciertas entidades como: *a)* la ebriedad fisiológica completa; *b)* la ebriedad patológica; *c)* la ebriedad del sueño; *d)* la manía o locura transitoria; *e)* el sonambulismo *j)* la hipnosis; g) la sicosis post-partum; *h)* la epilepsia paroxística; *i)* el "raptus" emocional y pasional; y*J)* los estados oníricos; en tanto el *trastorno mental transitorio incompleto* comprende como estados crepusculares: *a')* los oniroides; *b')* los refleoides; *c')* las emociones violentas; *d')* los puerperales; *e')* los pre-paroxísticos epilépticos y *f')* los post-paroxísticos epilépticos. ¿Yqué decir de las especies que pueden quedar comprendidas dentro del *trastorno mental permanente?*

Es cierto que multitud de códigos precisan, legislativamente hablando, algunos casos de trastornos mentales, haciendo referencias a la *in conciencia,* a la *deficiente actividad mental* o a las *perturbaciones morbosas,* etc., mas como se puso de relieve en la Segunda Plenaria de la Comisión redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica (México-1965), salvo en casos extremos de diagnóstico de ideoda o demencia, no es posible decidir, por el simple carácter del trastorno o enfermedad, la *inimputabilidad del sujeto,* puesto que la misma se encuentra vinculada esencialmente a la *comprensión* ya la posibilidad de que la conducta pueda ser *regulada,* por el propio autor, conforme a las normas de derecho, de manera que las causas que imposibilitan dicha capacidad de comprensión y de actuar en consonancia con las normas jurídicas, siendo de naturaleza psiquiátrica o psicológica, resultan de difícil captación en una disposición lega1. Por ello, la citada Comisión aceptó la siguiente fórmula: *"No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión y por causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incomPleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión".*

En esa decisión influyó sobremanera la opinión de QUIROZCUARÓN, quien puso de relieve que cualquier enumeración de las causas de

inimputabilidad se quedará siempre corta ante los progresos que día a día se obtienen a través de los estudips psiquiátricos, pues constantemente se despeja alguna incógnita en el mundo críptico de la patología mental. Por tal razón, creemos que la redacción de la entonces fracción II del artículo 15, vino no sólo a superar sino a clarificar el concepto de *inimputabilidad,* originado en el tr~storno mental y en el desarrollo intelectual retardado, en los cuales concurren elementos biológicos, psicológicos y psiquiátricos, fórmula que en lo esencial, adaptada a las exigencias legales, recogió y mejoró la actual fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal, de la que ya hemos hecho un examen más o menos exhaustivo, y que adoptó en lo fundamental el artículo 29, fracción VII, del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

En efecto, las expresiones *"trastorno mental"* y *"desarrollo intelectual retardado",* por su latitud abarcan, la primera toda clase de trastornos mentales, en tanto la segunda comprende los casos en que, si bien no existe propiamente un trastorno mental, el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra, como ocurre igualmente en el trastorno mental, en posibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, como sucede en algunos casos tratándose de los ciegos o sordomudos, cuando éstos carecen totalmente de instrucción.

La disposición anterior se complementa con el contenido de los artículos 24, inciso 3, 67, 68, 69 Y 69 bis del Código Penal Federal, pues el primero declara que: "Las penas y medidas de seguridad son:
3. *internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotróPicos, o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes,* adoptándoserespecto a los *inimputables* el sistema *alternativo* de internamiento o bien del tratamiento en libertad, ya que no siempre es aconsejable el primero de"ellos. La codificación del Distrito Federal, en lo relativo al tratamiento de *inimputables* o de *imputabilidad disminuida,* estableció en sus artículos 62 a 66 lo siguiente, que por su importancia nos permitimos transcribir: "Artículo 62 (Medidas para inimputables). En el caso de que la inimputabilidad sea permanente, a que se refiere la fracción VII del artículo 29 de este Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo. En el primer caso, el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar el previsto en el artículo 33 de este Código. Si se trata de trastorno mental transitorio se aplicará la medida a que se refiere el párrafo anterior si lo requiere, en caso contrario, se le pondrá en absoluta libertad. Para la imposición de la medida a que se refiere este Capítulo, se requerirá que la

conducta del sujeto no se encuentre justificada. En caso de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter terapéutico en lugar adecuado para su aplicación. Queda prohibido aplicar la medida de seguridad en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales o sus anexos. Artículo 63 (Entrega de inimputables a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos). El Juez o en su caso la autoridad competente, podrá entregar al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del Juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Esta medida podrá revocarse cuando se deje de cumplir con las obligaciones contraídas. Artículo 64 (Modificación o conclusión de la medida). La autoridad competente podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, considerando las necesidades del tratamiento, que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso. Artículo 65 (Tratamiento de imputables disminuidos). Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, ajuicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia. Artículo 66 (Duración del tratamiento). La duración de tratamien to para el inimputable, en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables. Concluido el tiempo del tratamiento, la autoridad competente entregará al inimputable a sus familiares para que se hagan cargo de él, y si no tiene familiares, lo pondrá a disposición de las autoridades de salud o institución asistencial, para que éstas procedan conforme a las leyes aplicables".

El artículo 67 del Código de aplicación federal, autoriza o faculta al juzgador disponer, en el caso de *inimputables,* la medida de tratamiento aplicable, en libertad o en internamiento, previo el procedimiento correspondiente, y si se trata de internamiento, el sujeto lo será en la institución correspondiente. Ahora bien, si la ley autoriza el empleo de uno u otro de dichos tratamientos, lógico es concluir que, si la necesidad del inimputable y la seguridad social permiten seguir un sistema mixto, con períodos de internamiento y de libertad vigilada, nada se opone a que eljuzgador así lo determine, una vez agotado el procedimiento respectivo. El artículo 68 faculta a la autoridad judi-

cial entregar, a las personas inimputables, a quienes corresponda hacerse cargo de ellas, mediante las medidas de tratamiento y vigilancia aqecuadas, etc., prorrogando facultades a la *autoridad ejecutara* para resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso, y el artículo 69 consagra'la limitación de que la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, en ningún caso excederá~e la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito, pero "si concluido ese tiempo, la autoridad ejecutora considera que el ~ujeto continúa necesitando el tratamiento, 10 pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables". Por último, el artículo 69 bis, adicionado a través de las reformas penales de 1994 y vigentes a partir del primero de febrero d~ 1994, con concreta referencia a los casos de *imputabilidad disminuida,* otorga al juez la facultad de *disminuir* la pena, según. proceda, *hasta las dos terceras partes* de la que correspondería al delito cometido o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67, o ambas de ser ello necesario, en función del grado de afectación de la imputabilidad del autor.

En síntesis, la fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal consagra los casos de inimputabilidad, comprendiendo a quienes actúan bajo trastorno mental, sea transitorio o permanente, así como a los sujetos cuyo desarrollo intelectual retardado les impide comprender el carácter ilícito del hecho o bien conducirse de acuerdo con dicha comprensión, salvo la excepción señalada en el propio dispositivo y que abarca las diversas especies de acciones libres en su causa.

Los sujetos que actúan bajo trastorno mental pueden ser objeto del tratamiento que en cada caso corresponda de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 67, 68 Y69 del Código penal, pues si bien y dado su carácter de sujetos *inimputables* no son responsables penalmente, pueden ser sin embargo sujetos a simples medidas de seguridad, cuando ésta se estime procedente ajuicio del juzgador.

En cuanto a los *menores,* cuya particular situación es reconocida debido a su *inmadurez mental,* han quedado definitivamente al margen de la aplicación de normas penales, pues a partir de la promulgación de la *Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores,* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 2 de agosto de 1974 y que entró en vigor a los treinta días de su publicación, quedaron derogados los artículos 119 a 122 del Código Penal para el Distr~to Federal y los entonces Territorios Federales, referentes a la *delincuencia de menores.* La mencionada ley declaró que el Consejo Tutelar para Menores *"tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante*

el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento" (artículo 12) , en tanto su artículo 22 declara que el citado Consejo *"intervendrá en los términos de la presente ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen Gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación Preventiva del Consejo".* La propia ley, en sus artículos 61, 62, 63 Y64, señalaba las medidas aplicables a los menores que infringieran las leyes penales y tendientes a su *readaptación social,* las cuales podían consistir en *internamiento* en la institución que correspondiera, según las circunstancias del caso; integración a la vida familiar en un hogar sustituto, o bien, libertad o liberación vigilada, pero tratándose del internamiento se favorecía en lo posible el uso de instituciones abiertas. La ley anterior quedó abrogada, al entrar en vigor la *Ley para el Tratamiento de Menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal,* promulgada por el Ejecutivo Federal mediante Decreto del 19 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 24 del mismo mes y año, ordenamiento que declara, como su *objeto,* "reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquéllos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal y tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común, y en toda la República en materia federal" (artículo 1). La referida ley creó, en su artículo 4, el *Consejo de Menores,* como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, el cual tiene a su cargo la aplicación de las disposiciones de la citada ley para el tratamiento de menores infractores, así como la in tegración de la investigación de las infracciones, la resolución inicial, la instrucción y diagnóstico, el dictamen técnico, la resolución definitiva, la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento, la evaluación de la aplicación de las medidas de orientación y tratamiento, la conclusión del tratamiento y el seguimiento técnico ulterior (artículo 7) .[41]

[41]Partiendo de la base de que a los menores de 18 años, a quienes se atribuya la comisión de actos u omisiones tipificadas en las penales, se les dará y recibirán trato justo y humano, declarándose prohibidos el maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica o cualquiera otra acción atentatoria de su dignidad o su integridad fisica o mental, la ley en cuestión contiene preceptos que establecen la integración, organización y atribuciones del Consejo de Menores, estableciendo la forma de funcionamiento de sus órganos; de la organización y funcionamiento de la Unidad de defensa de! menor, de la Unidad para la prevención y tratamiento de los menores; de los que rigen el procedimiento, señalando las medidas disciplinarias y los medios de apremio; de las que se refieren a la integración de las investigaciones de las infracciones y del procedimiento respectivo, así como de la valoración de las pruebas, de las relativas al recurso de apelación, suspensión y sobreseimiento, etc. Igualmente sus preceptos regulan otras materias, tales como lo relativo a la reparación del daño, al diagnóstico y medidas de orienta-

La anterior fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal se refirió en su primera parte, como *excluyente*de responsabilidad, al *miedo grave,* causa de *inimputabilidad* que se caracteriza por ser *trastorno men- tal transitorio* que suprime en el sujeto el normal uso de sus facultades psíquicas y le impide por ello comprender el carácter ilícito del hecho ejecutado o conducirse de acuerdo con esa comprensión, de acuerdo alconcepto contenido en la anterior fracción Il del propio artículo 15.

Miedo, al decir de CARRANCÁ y TRUJILLO, *es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente amenaza o que sefinge la imaginación.* Si el miedo grave tiene motivación exterior, por la existencia real de una amenaza, se asemeja al *temor fundado,* al constituir diversos grados de un estado psíquico provocado por un agente de entidad diferente al autor del hecho, del cual dimana un peligro real, inminente Ygrave, conforme a la fórmula recogida en el artículo 15, fracción VI en su texto derogado. En cambio, si el miedo se produce por un mal inexistente o imaginario, no tendrá más similitud con el temor que el constituir ambas excluyentes grados de un estado de conmoción psíquica, pues mientras éste es *fundado,* aquéllo es infundado. Si el miedo grave nulifica la capacidad de entendimiento Yla libre expresión de la voluntad, constituye indudablemente una causa de *inimputabilidad.* En cambio, funcionará como causa de *inculpabilidad* cuando, al surgir a consecuencia de un peligro real, grave e inminente, no suprima en el sujeto dicha capacidad. Lo dicho explica que el legislador, en la reforma penal de 1993, en el nuevo texto del artículo 15 del Código penal Federal, que enumera las *causas de exclusión del delito,* haya suprimido tanto el *miedo grave,* como el *temor fundado,* pues la primera de esas causas, de suprimir en el agente la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, queda inmersa, como un caso de *inimputabilidad,* por trastorno mental transitorio, dentro de la fracción VII del precepto indicado, y, tratándose de la segunda en la *vis compulsiva* o *coacción moral,* hipótesis de *inexibilidad* recogida en la fracción IX del artículo en cuestión.

CENICEROS y GARRIDO, en la *Ley Penal Mexicana,* después de referirse a las soluciones apuntadas en las escuelas clásica y positiva, con relación a los enfermos mentales, así como señalar los inconvenientes de adoptar una u otra, en razón del impedimento constituido por nuestro sistema constitucional, terminan por aceptar, como la "menos

---

ción, protección y tratamiento, señalándose como *medidas de orientación* la amonestación, e! apercibimiento, la terapia ocupacional, la formación ética, educativa y cultural, y la recreación y el deporte; y de *protección* el arraigo familiar. e! traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar, la inducción para asistir a instituciones especializadas, la prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos Yla aplicación de los instrumentos, objetos y productOS de la infracción para los casos de comisión de delitos, regulándose en sus artícUlos, igualmente, las medidas de tratamiento externo e interno de dichos menores, etc.

mala", la adoptada por el legislador de 1929, esto es, la dela *"responsabilidad soCial".*

No obstante tal afirmación, cabe reflexionar si, como la pretendieron los autores de la ley, efectivamente existe dicha responsabilidad social. I)eclarar de plano la inimputabilidad de los enajenados y retrasados mentales (trastornados mentales permanentes) no equivale a desatenderse socialmente de ellos, pues existe la posibilidad de la imposición de restricciones tales como la internación en establecimientos adecuados para su vigilancia y curación como auténticas *medidas de seguridad,* cuya naturaleza es bien diversa a la de las sanciones penales. Dichas medidas restrictivas tienden a nulificar su peligrosidad bajo el'control de los organismos adecuados, con el fin último de reintegrarlos a la vida comunitaria. En apoyo de estas reflexiones dice VILLALOB0S: "Basta leer la declaración categórica del artículo 8Q, sobre que los *delitos son intencionales o de imprudencia,* y recordar las nociones unánimemente admitidas respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aun cuando sean típicamente antijurídicos no *constituyen delito* por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; que todo demente se halla por lo mismo, exento de responsabilidad (aun cuando su excluyente sea supralegal); y que sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas".[42]

Puede invocarse al efecto el sistema adoptado por el Código de 1871 en el cual, a pesar de declararse la inimputabilidad de tales sujetos, se les aplicaban medidas de seguridad, lo que acontece igualmente en el Código de Defensa Social de Cuba; En México, el Código Penal de Michoacán de 1962 declaraba expresamente como causa de inimputabilidad "el trastorno mental (artículo 16, fracción In), dec.retando la *internación* de quienes, bajo el mismo, hayan cometido un hecho tipificado como delito, "en establecimientos neuropsiquiátricos u otros especiales" por el término necesario para su tratamiento, en la inteligencia de que la vigilancia de los internos, corresponde al Ejecutivo del Estado (artículo 66).

8. LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA

La expresión *"actio libera in causa"* hace directa referencia a ciertas acciones que, ejecutadas por un sujeto en estado de *inimputabilidad,*

---

[42] *Ob. cit.* p. 403. Es nuestro deber aclarar que la terminología de delitos *intencionales* o *no intencionales* o de *imprudencia,* a que se refería el artículo 8° del Código penal, a la cual se agregó la especie de *delitos preterintencionales,* a partir de la reforma de 1983, vigente desde abril trece de 1984, quedó superada con la modificación hecha al dispositivo citado, ya que ahora su nuevo texto declara que *"Las acciones* u *omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa* o *culposamente",* con lo que se abandona la incorrecta terminología empleada anteriormente y, además, se suprime la forma *preterintencionai* de comisión del delito.

son estimadas, sin embargo, por el Derecho, como manifestaciones de una voluntad libre y consciente en su origen. Es por eso que Franz VaN LISZT afirma la presencia de las llamadas acciones libres en su causa *cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión, en estado de in imputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad.*[43]

A veces sucede, dice CUELLO CALÓN, que el agente plenamente imputable al ejecutar el hecho que va a determinar el resultado, es inimputable en el momento de producirse éste, como en el caso del guardavías que se embriaga para no accionar la aguja a la llegada del tren y originar así su descarrilamiento, pues llegado el instante de ejecutar la acción de él esperada es incapaz, por su embriaguez, de mover la palanca de cambio de la vía. En este ejemplo, dice el autor español, el agente era imputable al comenzar a beber, pero ya no lo era cuando el desastre se produjo. En situaciones de esta índole, concluye, se está en presencia de las llamadas *actiones liberae in causa,* esto es, acciones libres en su causa pero determinadas en cuanto a sus efectos, en las que hay imputabilidad "porque entre el acto voluntario y su resultado existe relación de causalidad; en el momento decisivo, en el impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad, el agente era imputable".[44]

La problemática de las acciones libres en su causa se inicia desde el planteamiento mismo de la posibilidad de su existencia, a través de hipótesis en las que se afirma un estado de in imputabilidad que debe necesariamente conectarse con uno anterior de plena capacidad del agente. Para que una persona pueda ser declarada culpable y consecuentemente ser sujeto de consecuencias penales, como resultado de su responsabilidad, es indispensable que en ella concurra la capacidad de imputación, esto es, que en el momento de la comisión del hecho sea mentalmente apto tanto para entender sus actos como para realizarlos en una libre expresión de su voluntad. Frente a los casos de delitos cometidos en estado de embriaguez, los prácticos italianos acu-

---

[43] *Tratado de Derecho Penal,* Il, pp. 339-340, Editorial Reus. 1927.

La acción *libre en su causa* comprende el hecho ejecutado bajo el influjo de un *trastorno mental transitorio,* pero originado en. Un comportamiento anterior dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada. Por tanto, en ella se da un acontecer o evento *ilícito* determinado en un comportamiento precedente plenamente *voluntario.* Es aceptable el concepto de Mario DONDINA, quien la define corno *todo hecho contrario al derecho, producido mediante comisión* u *omisión, en estado de alteración jisiopsíquica transitoria derivada de un anterior comportamiento voluntario (preordenado o no) del agente. (Las acciones libres en su causa y su sistematización en el nuevo Código Penal,* Revista Criminalia, Año XXI, N° 1, p. 8, Enero, 1965). Como lo precisa DíAZ PALOS, las a ciones libres en su causa refiérense a los hechos *libremente* queridos pero verificados mientras el autor se encuentra en estado de *inimputabilidad,* en los que sin embargo la *imputabilidad se ha prolongado,* y por ello existió la libertad *originaria* pero no la libertad *actual. Teoria General de la Imputabilidad,* p. 185, Editorial Bosch, Barcelona, 1965.

[44] *Derecho Penal,* 1, pp. 412-413,14- edición, Barcelona, 1964.

dieron a la noción de las acciones libres en su causa *(acciones liberal in causa)* tratando de fundar la punibilidad de sus autores, distinguiendo claramente dos situaciones distintas: una, la de la embriaguez preordenada a la comisión del delito; la otra, la de la embriaguez voluntaria pero sin conciencia ni voluntad para la realización del delito, sancionando el primer caso como un delito doloso y haciendo al autor acreedor, en el segundo, de una pena más o menos benigna, apoyada precisamente en el hecho de la embriaguez voluntaria como su causa.

Modernamente se ha sostenido por algunos (MANZINI y MASSARI, entre otros), la imposibilidad de castigar a título doloso a quienes delinquen en la condición de embriaguez total, pues se aduce que no existe el dolo en forma concomitante a la consumación del delito, lo que se estima indispensable para la culpabilidad, o bien por no ser factible que en la inconsciencia, dada en el estado de in imputabilidad, pueda efectivamente el sujeto realizar un propósito concebido en estado consciente, a más de que la existencia de ese propósito anterior no implica necesariamente la presencia del dolo en el momento de la ejecución del delito. Ante la encrucijada que plantea la inexistencia del dolo y la pretendida imposibilidad de la comisión dolosa del hecho en estado de in imputabilidad, se ha querido sostener su punibilidad con apoyo en una "responsabilidad objetiva" que desde luego no podemos compartir.[45]

El planteamiento que inicialmente se dio al problema de la responsabilidad en las acciones libres en su causa parece ser el correcto, por cuanto prescinde de buscar en la culpabilidad su solución. Este criterio, defendido por CARRARA[46] en Italia y por M. E. MAYER en Alemania,[47] entre otros, traslada al ámbito de la *causalidad material* la cuestión que de común se ha tratado de ubicar en la esfera de la irnputabilidad. "La fórmula de la *acto libera in causa* señala ya -al decir de Ricardo C. NÚÑEZ- que la responsabilidad criminal de quien ejecuta el delito en estado de in imputabilidad, descansa, no en la consideración de la actividad u omisión consumativa del delito, sino en la consideración de la causa de esa actividad u omisión, libremente puesta por el autor, que luego, al consumarse la infracción, carece de esta libertad. Lo que el agente crea libremente, mediante un acto intencional o imprudente, es su estado de in imputabilidad que, a su vez, representa la causa de su obrar u omitir delictivo. De esta manera, el concepto de la *acto libera in causa* se refiere a una acción en dos grados: el resultado es atribuible a dos actos ligados por una relación de causali-

---

[45] Mario DONDINA: *Le actiones libera e* in *causa e la lOTO sistemazione nel nuovo codice pena le,*

La Scuola positiva, l. pp. 233-253, Milano, 1931.

[46] *Programa,* parágrafo 343.

[47] *Lehrbuch.* pp. 215-216. edición 1915.

dad, el primero de los cuales es libre, según las reglas de la imputabilidad".[48]

Esta posición, que consideramos correcta, no prescinde de la noción de imputabilidad, pero no la refiere al instante mismo de la comisión del hecho delictivo, supuesto que la *actio libera in causa* da por inexistente la imputabilidad del agente durante la ejecución del delito, sino que la traslada al tiempo en que el sujeto se procura, dolosa o culposamente, el estado de in imputabilidad, en el cual tiene plena capacidad de entender y de querer.

Si bien en un principio se pretendió aplicar el criterio de la acción libre en su causa exclusivamente a las conductas realizadas por el sujeto inimputable a consecuencia de la ingestión de bebidas embriagantes, la moderna dogmática del delito quiere ver igualmente *actiones liberae in causa* en todas aquellas incapacidades originadas en causas distintas como el sueño, la sugestión hipnótica el sonambulismo, etc.

El vigente artículo 15, fracción VIII, del Código penal Federal, que *excluye el delito* cuando el agente, al momento de realizar el hecho típico, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo o de con4ucirse de acuerdo con esa compresión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, elimina el beneficio de dicha causa de exclusión a quien dolosa o culposamente hubiere provocado su trastorno mental, *en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.*

JURISPRUDENCIA [49]

"INCONSCIENCIA. Con respecto a la falta de conciencia del imputado, las leyes adjetivas y sustantivas, relacionadas hermenéuticamente, admiten tres hipótesis:'l) el sujeto debe ser libertado si delinquió en un estado de inconsciencia de sus actos por trastorno mental patológico y transitorio (artículo l5-Il); 2) el sujeto es inimputable penalmente, pero debe recluírsele en un sanatorio, si delinquió por falta absoluta de conciencia o sea de tipo permanente (locura, imbecilidad, idiotez o cualquiera otra anomalía similar), y 3) se suspende el procedimiento y se le interna en un manicomio, si enloquece en prisión (artículos 68 y 69). De ahí que los caminos a seguir sean diversos; en el primer caso, el inculpado se va a su casa; en el segundo, puede suspenderse el procedimiento y seguirse el especial para verificar la anomalía o bien analizarse esta situación en la sentencia, imponiéndosele una medida de seguridad, y en el tercero, siempre se suspenderá el procedimiento, se le internará en un sanatorio y, cuando sane, se reanudará aquél (artículos citados y 23, inciso 3, del mismo ordenamiento y 468-IlI, 471 Y del 495 al 498 del código procesal)."

---

[48] *Actio libera* in *causa,* Enciclopedia jurídica Omeba, l. p. 317, Editorial Bibliográfica.

[49] El término jurisprudencia está empleado de manera impropia. pues no sólo refiérase a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

Amparo directo 2186/50. Fallado el5de agosto de 1957.-Cinco votos. Ponente: Agustín Me,rcado Alarcón. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Sexta Epoca, Volumen II, Segunda Parte, página 70 *(IUS:*264785). Nota: El artículo 68, a que se refiere esta tesis, corresponde al actual 67.

"INCONSCIENCIA COMO EXCLUYENTE (LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS). Para que exista la impunidad del acto delictuoso, la fracción II del artículo 15 del Código Penal, requiere que el estado de inconsciencia en el agente, sea total en el momento de consumación del hecho y que no haya manera de refrenar el impulso antisocial, por ausencia de voluntad y de reflexión; lo que no acontece si el desenvolvimiento de la conducta del reo, relacionada con el hecho que se pretende sancionar, tiene las características de un acto volitivo, ejecutado por persona normal, más o menos excitada, por un recuerdo de los ataques recibidos por el que iba a ser la víctima, y estimulado el individuo en su mecanismo psicológico, por la ingestión de bebidas alcohólicas y por otras causas concurrentes, capaces de liberar los impulsos disociales y desorbitados, pero no de producir la oclusión absoluta de la razón (todo delincuente, salvo el de culpa, es un ente patológico, en cierto grado); es decir, si la muerte del ofendido no *fue,* por lo que ve a su ejecución, un acto ocasional de inconsciencia, ayuno de la reflexión común y corriente de un hombre normal, sino un acto meditado, precipitadamente, quizá, buscado conscientemente, y llevado a término porque así 10 pedía la razón, todo ello demuestra que existió un propósito organizado de matar, originado en un sentimiento punible de venganza y estimulado por causas o incidentes del momento, que violentaron el ánimo del autor de aquel propósito." Amparo directo 2488/49. Osuna Julio. 13 de marzo de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. Relator: Fernando de la Fuente. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Época, Tomo CXII, página 2021 *(IUS:* 297789). -

"INCONSCIENCIA COMO EXCLUYENTE DE LESIONES. Las causas de in imputabilidad, conforme a la fracción II del artículo 15 del Código Penal, son: a) falta de desarrollo mental; *b)*falta de salud mental, y c) trastorno mental transitorio. De ahí que si el estado inconsciente de sus actos, aducido por el quejoso, lo hizo consistir en un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, se requiere que ese estado sea tal que el agente no pueda discriminar la naturaleza ilícita de sus acciones o inhibir sus impulsos primitivos. Y si el acusado actuó con dolo, esto es, con voluntad de causar lesiones a la integridad corporal de la víctima, tal comportamiento le es reprochable culpablemente, y está referido a una consecuencia de punibilidad."

Amparo directo 7112/58. Fallado el 8 de abril de 1959. Cinco votos. Ponente: Luis ~hico Goerne. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XXII, Segunda Parte, página 129 *(IUS:*262886) .

"INCONSCIENCIA DEL ACTOR. El estado de inconsciencia a que se contrae la fracción II del artículo 15 del Código Penal, debe ser apreciado en su intensidad, por el juzgador, o en otras palabras, le corresponde determinar

el grado de esa intensidad, con vista de la confesión del reo, para poder establecer si el estado anuló la voluntad del agente activo del delito, motivado por la perturbación de carácter patológico, incumbiendo, tan sólo, a los médicos, dictaminar acerca de la existencia del trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio."

Amparo penal directo 8792/45. Fallado el9 de agosto de 1951. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Relator: Luis C. Corona. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Época, Tomo CIX, página 1199 (IUS: 298458).

"INCONSCIENCIA EXCLUYÉNDOTE. La amnesia no puede privar de responsabilidad al infractor, en los términos de la fracción II del artículo 15 del Código Penal, y la circunstancia relativa a que la ebriedad en que estaba la acusada, cuando infringió la ley penal, no la haya hecho olvidar detalles, de su crimen, carece de influencia para desechar aquella excluyente de responsabilidad."

Amparo penal directo 4309/44. Fallado el 9 ?e noviembre de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos 1. Ángeles. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Epoca, Tomo XCIV, página 1291 *(IUS:* 302614).

"INCONSCIENCIA, EXCLUYENTE DE (DELINCUENTES PASIONALES). Se está en presencia de un delincuente pasional que obró sólo a impulsos de sus celos irascibles y no en un estado de inconsciencia de sus actos provocado por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, en las condiciones que separa la fracción II del artículo 15 del Código Penal, si su conducta anterior y posterior al crimen revelan, indudablemente, una meditación consciente también, de los hechos que realzó; además de que, por otra parte, el estado de inconsciencia que prevé la fracción II citada, no es, de seguro, el estado anormal de orden psicológico, característico del tipo celoso."

Amparo penal directo 8363/46. Fallado el 29 de octubre de 1948.Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Época, Tomo XCVIII, página 904 *(IUS:* 301512).

"INCONSCIENCIA EXI~[ENTEDE SPONSABILIDADBASADA EN LA. Para que pueda tener existencia la eximente de responsabilidad a que se refiere el artículo 15; fracción II del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, es requisito indispensable que la embriaguez llegue al punto de hacer perder al agente la conciencia de sus actos, pero además, que la ingestión de las bebidas embriagantes, haya sido en forma incidental e involuntaria. "

Amparo penal directo 5290/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 17 de septiembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXIX, página 733 (IUS: 293407).

"INCONSCIENCIA PATOLÓGICA, EXCLUYE~IE DE OBRAR EN ESTADO DE. La eximente prevista por la fracción II del artículo 15 del Código Penal es única: alude a todos aquellos estados de variaciones psíquicas, con la gama

Infinita que presentan en la realidad, cuyos límites o extremos son la franca perturbación mental, que confunde con la llamada locura, aunque no exista en puridad esta figura nosológica, y el estado normal de salud psíquica del sujeto. Por lo mismo, caben en ella las neurosis, en todas sus formas, las neuropatías, y todas las alteraciones de la vida intelectual afectiva y volitiva, ocasionadas sin la intervención de la voluntad del sujeto, y con carácter transitorio; pues la anomalía patológica definitiva, no es excluyente de responsabilidad, sino que lo *fue* en nuestra legislación de 1871 en el artículo 34, fracciones 1 y IV, Y para la apreciación última de la eximente, era preciso demostrar, si se quería fundar en la parálisis general progresiva, el período de ésta, en el sujeto que la sufría y las consecuencias de la misma, en sus manifestaciones externas. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que, comprobada la existencia de una parálisis general progresiva, el sujeto se volvería inimputable. En consecuencia, si los dictámenes no precisan el estado de desarrollo de la enfermedad y las especiales alteraciones que la misma produjo en el sujeto, en la fecha en que sucedieron los hechos objeto de la averiguación, son ineficaces para justificar la existencia de la aludida excluyente."

Amparo penal directo 9708/41. Fallado ellO de junio de 1948. Mayoría de tres votos. Disidentes: Carlos lo Angeles y José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre, del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Epoca, Tomo C, página 1886*(IUS:*301095).

"EXCLUYENTDEERESPONSABILIDPAEDNALL. a simpático mía no constituye una enfermedad mental que impide conocer el alcance de los actos que se realizan, ni el predominio del sistema simpático sobre el vago, no incapacita mentalmente, aunque sí tiene influencias sobre las reacciones Psicomotrices. Ahora bien, si la enfermedad del *reo* no le origina como excluyen los médicos-legistas un estado de inconsciencia de sus actos, ni tampoco tiene el carácter de trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, circunstancias únicas en las que operaría la excluyente del artículo 15 fracción II del Código Penal, máxime, si en el proceso se demuestra una coordinación normal de las ideas y una apreciación justa de los móviles que le llevaron a cometer la infracción, no puede considerársele liberado de responsabilidad penal."

Amparo penal directo 6438/44. Fallado el 20 de octubre de 1944. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Época, Tomo LXXXII, página 1705 *(IUS:* 306087). Nota: El artículo 15, fracción II, a que se refiere esta tesis, corresponde al actual 15, fracción VII

."EXCLUYENTE DE TRASTORNO MENTAL INVOLUNTARIO. No existe la excluyente de responsabilidad de haber obrado el acusado en un estado de inconsciencia, provocado por un trastorno mental involuntario, excluyente prevista por la fracción II del artículo 15 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, si el propio acusado acepta en su declaración, que con anterioridad a los hechos que dieron motivo al proceso, sabía que su esposa le era infiel; que poco antes de los hechos, vio en el domicilio conyugal unas cartas y un retrato de un desconocido, tratando de asuntos amorosos y después de eso, su esposa le confesó su infidelidad, puesto

que no puede estimarse que le produjo un estado de inconsciencia o un trastorno mental involuntario la confesión de su esposa, si después medió algún tiempo, que el marido empleó para ir a buscar un cuchillo y ocultándolo regresó a la recámara donde permanecía acostada la repetida esposa y le causó la lesión que le causó la muerte; ya que estos actos no revelan ofuscación ni trastorno mental, sino deliberada intención de ejecutar el hecho criminoso; tanto más, si después de ejecutar el delito, se vistió y salió a la calle tratando de abordar un vehículo; lo cual corrobora que no hubo trastorno mental, máxime, si existe dictamen pericial en el sentido de que el acusado es un individuo completamente normal, sin ningún antecedente hereditario o personal de origen patológico."

Amparo penal directo 8295/37. Fallado el9 de marzo de 1938. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombr~ del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial* de *la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LV, página 2387 *(IUS:* 310615).

"EXCLUYENTE. ESTADO DE INCONSCIENCIA (EMBRIAGUEZ). Lo que el legislador tomó en cuenta para considerar el estado de inconsciencia como causa de in imputabilidad es que, el mismo, se haya alcanzado por causas ajenas a la voluntad del activo y no la embriaguez deliberada o culposa."

SEGÚNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 15/90. Fallado el30 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Amoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Amparo en revisión 80/90. Fallado el 27 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Amparo en revisión 349/91. Fallado el 24 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Carrera Molina. Amparo directo 541/91. Fallado elll de febrero de 1992. Unanimidad
de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Amparo en revisión 59/93. Fallado el 26 de febrero de 1993. Unanimidad de VO}os.Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario:
Jorge Alberto González Alvarez. Tribunales Coleg!ados de Circuito, *Gace*ta *del Semanario judicial* de *la Federación,* Octava Epoca, número 64, abril de 1993, tesis VI.2Q*J/252,* página 46 *(IUS:* 216539)

"EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. PERTURBACIÓN DE LAS FACULTADES ME;-'; TALES(LEGISLACIÓN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIAP).ara que proceda la excluyente de responsabilidad contenida en la fracción II del artículo 15 del Código Penal en vigor en el Estado de Baja California, es necesario que el agente activo del delito se encuentre perturbado de sus facultades mentales, en estado de inconsciencia de sus actos, por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes. De manera que, aun cuando esté demostrado que el inculpado, al cometer el delito, haya actuado efectivamente perturbado de sus facultades mentales, no por ello opera dicha excluyente de responsabilidad, si de sus propias declaraciones se desprende que no hubo tal empleo accidental e involuntario."

TRIBUNALCOLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo directo 155/68. Fallado el 30 de abril de 1969. Unanimidad de votos. Ponente: Nicéforo Olea Mendoza. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario judicial* de

la Federación, Séptima Época, Volumen 4, Sexta Parte, 257403). Página 50 (IUS:)

"IMPRUDENCIA, DELITO COMETIDO POR LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA).Manejar vehículos de motor, bajo el efecto de bebidas embriagantes, constituye una imprudencia que excluye la posibilidad del funcionamiento de la .el artículo 15, fracción X, del Código de Defensa Social de Chihuahua."

Amparo directo 1931/61. Fallado elll de agosto de 1961. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación Sexta Época, Volumen L, Segunda Parte, página 34 (IUS:260802)

"EMBRIAGUEZ EXCLUYÉNDOTE. Dada la especial característica de la excluyente de responsabilidad penal, a que se refiere la fracción 11del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, para acreditarla, es necesario que el acusado sea sometido a un reconocimiento médico, cuando se le aprehenda en el momento de haber delinquido, ya que sólo por dictamen de facultativos, emitido en tales condiciones, puede acreditarse que una persona se encontraba en estado de inconsciencia de sus actos, briaguez, en los precisos momentos en que se ejecutó Amparo penal directo 1554/47. Fallado el28 de julio de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nomb~e del ponente. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XCIII, página 1035 (IUS: 302795).

"EMBRIAGUEZ, Excluyéndote. Para que la ebriedad pueda ser considerada como causa de in imputabilidad, es menester que el estado de inconsciencia del agente sea determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias embriagantes, y en la especie, aun estando probado que el reo se encontraba en estado de embriaguez al cometer la infracción punible por lo que fue acusado, si no hay prueba alguna que acredite ese estado de inconsciencia de sus actos, y si por el contrario las constancias procesales revelan que dicho acusado recuerda con toda claridad los hechos materia de la instrucción, ello permite apreciar que aquél obró con lógica y con razonamiento, al cometer el hecho delictuoso; y por otra parte, si existe la circunstancia de que la ingestión de bebidas embriagantes no fue accidental o por maniobras maliciosas de un tercero, sino por un acto volitivo del agente, en estas condiciones no puede aceptarse la procedencia de la causa de inimputabilidad a que se Contrae la fracción 11del artículo 15 del Código Penal."

Amparo penal directo 8834/45. Fallado el27 de agosto de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXXXIX, página 21E6 (IUS: 304044).

"EMBRIAGUEZ, MIEDO GRAVE Y LEGITIMA DEFENSA. grave y la defensa legítima son excluyentes de diversa naturaleza, pues mientras las primeras afectan la capacidad de entender y de querer y, por ende, requieren probanzas especiales, la última constituye una causa

de justificación eliminatoria, naturalmente, de la antijuridicidad de la conducta, puesto que el que actúa en defensa legítima obra con derecho. "

Amparo directo 7915/58. Fallado e! 6 de abril de 1959. Cinco votos. Ponente: R9dolfo Chávez S. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XXII, Segunda Parte, página 92 *(IUS:* 262870).

"EMBRIAGUEZ O EXCLUYENTE a. inconsciencia producida por la ebriedad, no excluye la responsabilidad del acusado si éste llegó a tal estado por la vo!untaria ingestión de bebidas embriagantes."

Sexta Epoca: Amparo directo 1575/56. Fallado el17 de septiembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 6002/57. Fallado el 5 de marzo de 1958. Unanimidad de cuatro votoS. Amparo directo 1583/57. Fallado el 24 de abril de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2083/60. Fallado el 2 de septiembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5866/62. Fallado el 20 de junio de 1963. Cinco .votos. Primera Sala, *Apéndice* 1917-1995, Tomo 11, Primera Parte, tesis 144, página 81 *(IUS:* 390013).

"EMBRIAGUEZ NO EXCLUYENTEDE RESPONSABILIDAD. Si el acusado con plena conciencia de su proceder, a virtud de la ingestión de substancias embriagantes, se actúa en un estado de automatisrflo de sus actos, su acción no por eso deja de ser incriminable, ya que voluntariamente se coloca dentro de dicho estado, y tiene actualización la figura denominada "acción libre en su causa", que es una situación notoriamente fuera del supuesto legislativo que prevé el artículo 15 del Código Penal para el Distrito y
Terri torios Federales en su fracción 11."

Amparo directo 4024/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona e! nombre de! promoverte. 2 de marzo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Cenara Ruiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXVlI, página 764 (IUS: 293898).

"MIEDOGRAVE, EXCLUYENDOTE. Suponiendo que las amenazas del occiso hayan arraigado en el ánimo del quejoso, si lo que produjeron en éste fue un temor general de que en alguna ocasión. Pudiera ser sorprendido y muerto por aquél, lo que más naturalmente debió operar en su ánimo fue la indignación, no exenta de temor, pero del temor de un peligro lejano, y no de un peligro inminente, que es el que puede determinar el miedo grave constitutivo de la excluyente a que se refiere la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, la cual exige que el miedo grave proceda de un peligro real, grave e inminente, y aun así, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial."

Amparo penal directo 1906/50. Fallado el ll de junio de 1952. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre ,del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXII, página 1412 *(IUS:* 297716).

"MIEDO GRAVE, EXCLUYENDOTE. La sensación peculiar e instintiva del miedo grave, lleva a desembarazarse de lo que 10 produce, o dónde radica dándose de este modo los elementos de la excluyente contenida en el artículo 15, fracción IV, del Código Penal del Distrito, sin que sea exacto, que sea indispensable demostrada por peritos, pues en muchos casos

resultará imposible e impracticable reproducir las circunstancias de hecho que producen el miedo, quedando a la prudente apreciación del juzgador, ponderarlas y decidir si, dado el sujeto de que se trata, pueden producir la reacción emocional, que caracteriza el miedo grave."

Amparo penal directo 6760/46. Fallado el14 de abril de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre ,del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo XCII, página 320 *(IUS:* 303031).

"MIEDO GRAVE, EXCLUYENTE DE. La excluyente del miedo grave o temor fundado e irresistible a que se refiere la fracción IV del artículo 15 del Código Penal del Distrito requiere de la presencia de un peligro inminente, por el que haya una disminución de libertad electiva en el sujeto activo del delito, que no existe cuando el acusado reflexionó sobre el peligro que podía correr, pues para que no exista el delito, se necesita que el sujeto activo obre frente a un peligro inminente y esté alterado psíquicamente por un miedo grave o un temor irresistible, con cierto automatismo, caso que no se presenta si no se encontraba dicho sujeto indefenso ni en un lugar que hiciera inútiles su defensa y sus llamadas de auxilio."

Amparo penal directo 5704/45. Fallado el 13 de marzo de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Ángeles. La publicación no menciona el nombr del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXXVII, página 2359 *(lUS:* 304614).

"MIEDO GRAVE EXCLUYENTE DE. Para que se reúnan los extremos que señala la fracción IV, del artículo 15 de la ley sustantiva represiva, del Distrito Federal, es de todo punto necesario a infringir la ley, en virtud de que en el momento de ejecutar el acto incurrió la circunstancia psicológica del temor grave o miedo, en tal grado, que impulsa a obrar en vista de la gravedad del mal que el sujeto trata de evitar, bien sea en su persona o en sus bienes."

Amparo penal directo 9440/44. Fallado el19 de junio de 1945. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre el ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXXIV, página 2421 *(IUS:* 305308).

"MIEDO GRAVE, EXCLUYENTE DE. La eximente de miedo grave que considera la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, opera sólo cuando la intimidación que sufre el sujeto es de tal magnitud, que actúa hallándose impedido para reflexionar sobre la potencialidad dañosa de su acción y para ejercitar su voluntad en forma espontánea, de tal modo que sus movimientos se presentan originados en impulsos instintivos incontrolables; y estos supuestos no se cumplen cuando el agente actúa con plena inteligencia el daño que puede causar y sin menoscabo de su facultad de volición."

Amparo penal directo 6306/48. Fallado el22 de julio de 1955. Unani midad de cinco votos. Ponente: Rafael Matas Escobedo. Sala Auxiliar, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXV, página 718 *(IUS:* 384349).

"MIEDO GRAVE, EXCLUYENTE DE. No se justifica la eximente de miedo grave a que se refiere la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, si está demostrado que el quejoso disparó con clara inteligencia del daño que podía ocasionar, sin sufrir ninguna anulación de su voluntad, ya que dicha eximente, según lo ha declarado la Suprema Corte, se caracteriza por la ausencia de reflexión del sujeto activo del delito respecto del mal que puede ocasionar y por la anulación de la voluntad de tal modo que obra a impulso de una intimidación."

Amparo penal directo 5914/44. Chávez Alvarez Luis. 12 de abril de 1955. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nom 1?re del ponente. Sala Auxiliar, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CXXIV, página 13 *(IUS:* 384604).

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLlSEI, Francisco: *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1947; ALMARAZ HARRIS,José: *Tratado teórico práctico de Ciencia Penal,* n, México, 1948; CARRANCÁ y TRUjILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano,* n, 3! edición, México, 1950; CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de. Derecho Penal,* Editorial Porrúa, lO! edición, 1976; CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal,* I, 14! edición, Barcelona, 1964; DEL ROSAL, *Juan: Derecho Penal Español. Parte General,* n. 1! edición, Madrid, 1960. DiAZ PALOS, Fernando: *Teoría General de la Imputabilidad,* Editorial Bosch, Barcelona, 1965; DONDlNA, Mario: *Le actiones liberae in cause e la loro sistema::.ione nel nuevo codice penale,* La Scoula positiva, 1, Milano, 1931; FONTÁN BALESTRA, Carlos: *El elemento subjetivo del delito,* Depalma Editor, Buenos Aires, 1957; CARdA RAMiREZ, Sergio: *La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano,* InstitUto de InvestigacionesJurídicas. U.N.A.M. México, 1968; LISZT, Franz Van: *Tratado de Derecho Penal,* n, Editorial Reus, Madrid, 1927; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La ley y el delito,* Editorial Hermes, 2! edición Buenos Aires, 1954; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* n, Madrid, 1955. Trad. *José* Rodríguez MuÑoz; PORTE PETIT, Celestina: *Apuntes de la Parte General del Derecho Penal,* 1, México, 1960; PUIGPEÑA, Federico: *Derecho Penal,* II, Madrid, 1955; REYEs, Alfonso: *La imputabilidad,* Universidad Externado de Colombia, 1979; SAUER, Cuiller IDO: *Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, 1956. Trad. Juan DEL ROSAL Y *José* CEREZO; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 1, Buenos Aires, 1951; VILLALOBOS, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano,* Editorial Porrúa, S. A., México, 1960.

CAPITULO XVII

LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD
EL DOLO[127]

SUMARIO

1.-Introducción.- 2-Teorias sobre el dolo; a) Teorías de la voluntad; b) Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada.- 3. La teoría aceptable.- 4. Diversas clases de dolo.- 5.El dolo en el derecho positivo.

1. INTRODUCCION

Tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad, al *dolo* y a la *culpa*. Una fuerte corriente de doctrina, en la cual destacan Marcelo FINCE y Ottorino VANNINI, entre otros, ha visto en el *delito pre*

[127] El *dolo*, que construye para los seguidores de la teoría finalista la parte *subjetiva* del tipo y que se identifica con el *querer* de la acción, debe ubicarse como corresponde lógicamente dentro del tipo. Como lo expresa MAURACH, desde que sea concebido a la acción en sentido final, como presupuesto comprensivo de la voluntad y no solo del origen volitivo de la conducta, según se le concebido tradicionalmente, y el tipo como el sometimiento de una acción antinormativa al poder del Estado, no cabe si no incluir el dolo, como finalidad dirigida al resultado tipificado, en el tipo. Si la parte subjetiva del tipo esta constituida por el dolo, en ella pueden concurrir diversos elementos con características subjetivas, ello dependiendo de la particular estructura del tipo de una determinada infracción. En consecuencia, afirma MAURACH, el dolo es el *querer, el regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo*, por lo que referido a la teoría de la acción se presentara como la *voluntad de la acción* dirigida al resultado, sustentadora de esa acción y, sintéticamente, no es mas que la *finalidad* definida a la realización del tipo objetivo. Así concebido, el dolo puede concurrir en el actuar incluso de los enfermos mentales y su concurrencia no supone juicio alguno de culpabilidad ¨, criterio este diverso al sostenido por la postura tradicional, en el cual el dolo es característica de la *culpabilidad* y que solo acepta el actuar doloso en los *sujetos de actuar culpablemente.* Fácil es advertir que para los actores finalistas el dolo, así concebido, no comprende el conocimiento de la antijuridicidad esto es, de prohibición de la norma, la cual lleva al actuar segura siendo doloso ¨ aun cuando el sujeto por el correspondiente esfuerzo de su conciencia, hubiera conocer el ilícito de su hac.rla separar el conocimiento de lo injusto, del dolo-sigue diciendo MAURACH-, se adoptado, en la polémica entre las llamadas teorías del dolo y de la culpabilidad (ambas designaciones son, por los demás, regraciadas), una actitud favorables a estas ultimas a esta permite determinar el lugar sistemáticamente satisfactorio del conocimiento del injusto y derivar consecuencias practicas trascendentales para la separación entre hecho punible doloso y culposo". Tratado de Derecho Penal, Vol. I, pp. 301 a 307, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, Trad. Juan CORDOBA, RODA.

terintencional "una mixtura de dolo y culpa", fenómeno observado de tiempo atrás, iniciando la tendencia al reconocimiento al atendencia que caracteriza a los bien conocidos delitos preterintencionales, ubicados dentro de la familia de los delitos dolosos.

2. TEORIASOBRE EL DOLO

El *dolo*, la principal forma de la culpabilidad, constituye tal vez el escoyo mas difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos apoya al elemento *psicológico* en la voluntad, mientras otros lo hacen en la *representación*, en tanto el elemento ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la *tipicidad del hecho*, o de su *antijuridicidad* o bien en la *conciencia del quebrantamiento del deber*, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto.[128] A ellas hemos de referirnos a continuación.

a) *Teoría de la voluntad.*[129] Aparece en primer termino y priva entre los "clásicos", siendo CARRAR quien le dio verdadera expresión, aunque se refirió a la "intención", el ingrediente necesario que acompaña el acto delictivo.

CARMIGNANI, uno de los clásicos, definió el dolo como *el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos anteriores*, con lo cual identifico *dolo* e *intención* haciendo consistir esta en dirección de la voluntad a un fin remoto. "La intención dícese *perfecta*-expreso CARMIGNANI-cuando la voluntad esta plenamente iluminada por la inteligencia o la violencia de las pasiones. También llamase *directa* cuando la voluntad tiende a fin necesario; *indirecta*, cuando tiene a un fin meramente posible.[130]

CARRARA observo lo errado del concepto del dolo elaborado por CARMIGNANI, al unir un acto *interno* (intención) con uno *externo* (acción), dándole a este carácter de *condición*, con la cual confunde la noción del delito con la de dolo.[131]

El maestro de Pisa estructura su definición diciendo que dolo es "la intención mas o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley", destacando de ella como elemento del dolo los

---

[128] Véase a José PECO: *Proyecto de Código Penal,* p.50, Buenos Aires, 1942.

[129] En manera alguna puede decirse que los distintos criterios, agrupados bajo esa denominación, integran una sola teoría. En realidad hablase de *Teoría de la Voluntad* impropiamente y solo porque este concepto sirve de referencia común en la búsqueda de la noción del dolo, pero el estudio de las ideas de cada autor pondrá en evidencia las distintas proyecciones, dentro de la particular estimativa de cada uno a la voluntad y a su alcance.

[130] *Elementi di Dirittio Penal*, p. 50, 2ª edizione, BUCELLATI da la definición parecida, al expresar que el dolo *es volición encaminada a infringir la ley, plenamente determinada y consiente de los hechos externos. Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, p. 156, Milano, 1884.

[131] *Programa del Curso de Derecho Criminal*, I, PP. 71 Y SS. Buenos Aires, 1944.

siguientes: *conocimiento* de la naturaleza delictuosa del hecho e *intención* de realizarlo,[132] permitiéndose aclarar que en tal definición no incluye el *animus nocendi* por haberse discutido acerca de ello, pues lo que han exigido ese *animus* como condición del dolo no han visto la verdadera objetividad jurídica del delito, trocando el dueño particular con el daño universal , "En los delitos dirigidos contra el individuo-dice CARRRARA-, el animo de daño (o sea de lesionar el derecho) podrá ser una necesidad para afirmar el dolo. Pero en los delitos que directamente ofenden a la sociedad, el animo de dañar al individuo puede ser muchas veces indiferente, por que la determinación de violar la ley envuelve en si misma la idea de daño social. En una palabra, la falta del *animus nocendi*, puede excluir el dolo solamente cuando se convierte en la opinión razonable de *no violar la ley*. Debe distinguirse muy exactamente el ánimo de dañar de la *intención* de dañar… El primero consiste en la *previsión* del perjuicio; el segundo en la voluntad dirigida a producirlo. La segunda no será siempre esencial para constituir el dolo; lo es siempre indispensablemente la primera".[133]

CARRARA y sus seguidores caen igualmente en el error de definir el dolo como la *intención*, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al *dolo eventual*, en el que no existe propiamente intención.

Recientemente, CARNELUTTI vuelve los ojos a la teoría de la voluntad al considerar que el acto, en sus efectos penales, depende del *querer*, un su existencia y su normalidad, denominado *intención* a la *dirección de la voluntad*, de manera que el dolo es la *voluntad dirigida al evento contrario al evento mandado*,[134] expresión equivalente a esta otra: *voluntad dirigida al evento previsto por la ley como una forma del delito*. "si tiene presente – dice el menciona autor- la figura del delito causal, es decir, de aquellos casos en que la causa funciona como requisito constitutivo del delito, convendría, por otra parte, integrar tal definición diciendo: voluntad dirigida al evento que presenta los requisitos formales y causales del delito.[135]

Nuevamente debe reprocharse, ahora CARNELUTTI, confundir dolo e intención, así como precisar con exactitud la extensión y alcance de la voluntad, como situación fáctica. La afirmación de CAR

---

[132] No se trata, como la aclara FONTÁN BALESTRA, de haber *querido la acción* sino de haber *querido el resultado.*

[133] *Programa,* parágrafo 69. siguen en lo esencial, el pensamiento de CARRARA, al formular se nociones sobre el dolo, CIVOLI y GARRAUD, destacando la *intención* respecto a la producción del delito, con *conocimiento, de su ilegalidad.*

[134] Teoría General del Delito, p. 159, ed. 1952. Trad, VICTOR CONDE.

[135] En este ultimo aspecto, PESSINA había destacado ya, en su definición, tanto el *querer* del agente respecto al movimiento que se deriva , como efecto de la causa, la negociación del derecho, como la previsión del fenómeno y de la consecuencia del movimiento, poniendo de relieve la necesidad, para integrar el dolo, de la conciencia del vinculo de causalidad entre el hecho y la negación del derecho, por parte del autor. Elementi di Diritto, I; p. 173, Nopali, 1882.

NELUTTI, de que el centro de la voluntad esta en el deseo, podría ser exacta si voluntad e intención fueren equivalente, pero no sucede así, ni tampoco es exacta su afirmación de que se puede querer sin desear".[136]

b) Teoría de la representación. Pretendiendo supera los inconvenientes de la teoría de la voluntad, otros autores substituyen voluntariedad o intención por el concepto de previsión o *representación*.

FRANK puso de manifiesto que las expresiones doloso e intencional no se identifican, pues actuar intencionalmente o de propósito implica *dirigir la voluntad a un fin concreto* cuya realización ha sido perseguida por el sujeto, de lo cual se infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido cuando no existió intención de causarlo. De allí que el dolo sea independiente del propósito y por ello la nueva corriente substituye voluntad por representación, haciendo consistir en el *conocimiento* que el sujeto tiene tanto del hecho como su significación, el cual agoto la noción del dolo sin importar la dirección del querer.

Sostiene la teoría de la representación el carácter esencial del conocimiento del hecho y su significación por el autor en la noción del dolo. Según lo aclara JIMENEZ DE ASUA, a medida que evoluciona la técnica, se substituye voluntariedad por representación, "como lo ha hecho MAYER. En tal sentido 'la producción contraria al deber (pflichtwidriig) de un resultado típico es dolosa, no solo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá a determinado autor a emprender la acción sino cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria'…"[137]

En opinión de FONTAN BALESTRA[138] no son fundamentales las divergencias entre estas teorías y la de la voluntad. "La teoría de la representación –explica-, sea propuesto mas que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido o querido. Con ello queda dicho que los partidarios de esta ultima no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que supone querido lo representado".

c) Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada. Una postura ecléctica adopta esta teoría para la cual no basta a integrar el dolo y la voluntad ni la sola representación, siendo ambas indispensables. En consecuencia, de acuerdo con ella, actúa dolosamente quien no solo ha representado el hecho y su significación sino

---

[136] Manuel LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa penal*, pp. 132-133, Barcelona, 1960.
[137] *La ley y el delito*, p. 387, 2ª edición, 1954.
[138] *Elemento subjetivo del delito*, p. 107, Buenos Aires, 1957.

además encaminada su voluntad, directa o indirectamente, a la causación del resultado.

En esta posición, TOUZZI empieza a afirmar el necesario *conocimiento* del hecho en si y en sus efectos, así como su contradicción con la ley, dándose en esas condiciones la *inteligencia* que prepara el discernimiento, lo cual lleva al sujeto a *determinarse*, fenómeno apoyado tanto en la voluntad como en la *libertad* externa.[139]

Para MAGGIORE el que *obra desoladamente prevé y quiere el delito* (*en la totalidad de sus elementos*: acción y resultado, antijuridicidad y culpabilidad), concepto aceptado por la definición del Código italiano (articulo 43, apartado 1°), siendo por consiguiente dos los elementos del dolo: 1) La previsión (o representación de un resultado), 2) la volición de él. "No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La previsión sin voluntad es vana; la voluntad sin previsión es ciega; y el derecho no puede contentarse con ninguna de las dos… *Previsión* es la representación del resultado y denota el momento intelectivo de la conducta… *Voluntad* es el acto autodeterminarse en vista de algún fin. *Querer* es tender a un objeto y a un fin (presentes en la conciencia y pro estos representados) y obrar en consecuencia…".[140]

Se declaran partidarios de esta teoría, además, BETTIOL, ANTOLISEI, DE MARSICO, BATTAGLINI Y MEZGER, entre otros muchos. El primero al definir el dolo como "*conciencia y voluntariedad del hecho conocido como antijurídico*",[141] el segundo al rechazar los criterios aislado de la voluntad y la representación, afirmando la existencia del dolo cuando el sujeto *ha realizado intencionalmente un hecho previsto en la ley como delito, conociendo sus elementos esenciales;*[142] el tercero al concebir el dolo como "*la voluntad no coartada de realizar un hecho comisivo u omisivo que la ley estima delictuoso, con la previsión del evento derivada de la propia acción u omisión y la intención de producirlo"*,[143] el cuarto por cuanto estima inaceptable la teoría de la voluntad, considerando necesaria la previsión y formula su noción del dolo diciendo: "*Consiste en la conciencia (conocimiento) y en la voluntad del agente de ocasionar con la propia acción u omisión, el evento dañoso y peligroso considerado en la ley penal*"[144] y el ultimo al expresar que actúa dolosamente que *conoce las circunstancia de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad y el resultado.*[145]

---

[139] *Corso di Diritto Penale*, I, p. 146, Nopali, 4ªedizione.
[140] Derecho Penal, I. pp. 576-577, Bogota, 1954. Trad. José J. ORTEGA TORRES.
[141] BETTIOL: *Diritto Penale*, p. 291, Palermo, 1945.
[142] ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale*, p. 182, Milano, 1947.
[143] DE MARSICO: *Conscienza e voluntá nella nozione del dolo,* p. 163, Napoli, 1930.
[144] BATTAGLINI: *Diritto Penale*, p. 169, Bologna, 1940.
[145] MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 102, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ

3.-LA TEORÍA ACEPTABLE

La última de las teorías examinadas es, a nuestro criterio, la correcta. Hemos de recordar en este lugar la conclusión adoptada el examinar el coeficiente psíquico de la conducta. En su oportunidad dijimos que la *voluntad* constituye dicho coeficiente, el cual consiste en *querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.*

Ahora bien, la conducta en el dolo rebasa el estrecho ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad de la conducta cosiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es *querer también el resultado.* En el homicidio, el coeficiente psíquico de la conducta consistirá en querer realizar la acción (voluntad = movimiento corporal) o la omisión (no dar al enfermo el medicamento prescrito = inactividad), en tanto dicha voluntad en dolo radicará en *querer o aceptar el producir la muerte* que se sabe consecuencia de la propia acción u omisión.

La voluntad, por si misma, no puede agotar el contenido del dolo: hácese imprescindible igualmente el conocimiento *de las circunstancias del hecho y su significación*. Tal conocimiento debe abarcar la relación de casualidad, cuando esta forma parte del hecho particularmente tipificado; La *tipicidad* del mismo, entendido de manera profana, y su carácter antijurídico.

Al comenzar el párrafo primero del parágrafo 59 del Código Penal, MEZGER excluye del actuar doloso el conocimiento de los hechos fundamentadores de la *imputabilidad* del autor y de las *condiciones objetiva de penalidad*. En cambio, dicho conocimiento debe abarcar "*los hechos actuales*" (del tipo legal) existentes ya en el momento en que se realiza el acto de la voluntad del autor y por ello independientes de dicha voluntad, esto es, lo que producimos por la acción del autor aparecen en relación de casualidad con ella. "Aquí pertenece en primer término el producto ultimo de estos efectos, por consiguiente el denominado *resultado último* de la acción De la misma manera que hasta ahora, ha de entenderse bajo este término el resultado último perteneciente al tipo legal, y sólo él…".[i]

Dedúcese de ello que el autor del homicidio debe *prever* que de su acción de disparar el arma habrá de resultar la muerte de un hombre, lo cual confirma que el conocimiento del hecho comprende la *relación de casualidad* cuando el tipo en consideración exija un resultado material.

Sobre este particular no hay unanimidad en la doctrina y el mismo MEZGER cita la opinión de V. HIPPEL, para quien dolo y culpa no han de ser referidos al nexo causal que en concreto se produce.

Si bien nosotros afirmamos que el nexo causal es problema material a resolverse en el ámbito del *hecho,* tal cuestión no contraría la posición adoptada ahora respecto al *conocimiento* del propio hecho como elemento del dolo, comprendiendo la relación de causalidad. Una cuestión es constatar la relación causal, para dar por configurado el hecho, y otra diversa su conocimiento por el autor, para establecer su culpabilidad dolosa.

Es cierto que en muchos casos no existe concordancia entre el *proceso causal representado* y el *proceso causal realmente verificado,* en cuyo caso surge el problema de, saber cuál tratamiento habrá de darse al hecho respecto al dolo. Salvo en los casos en que se produzca una *desviación esencial* de la causalidad real en relación a la representada, en cuyo supuesto no podría aquélla ser tomada en cuenta, por no corresponder a la exigencia de la ley, originando tal vez una tentativa dolosa con la que, según la solución propuesta por MEZGER,[21] podría concurrir, según las circunstancias, en concurso ideal, un *delito culposo consumado,* se trataría de una simple desviación *inesencial,* originan te de un *error accidental* (aberratio) o de extravío, incapaz para modificar la culpabilidad dolosa, pues como el propio MEZGER se encarga de explicado, "el curso causal representado y el real nunca se corresponden exactamente, en primer lugar porque la representación del autor nunca aparece determinada. Y precisa en todos sus detalles y particularidades, y en segundo término, porque nadie puede prever de manera exacta un curso causal futuro en todos sus extremos y particularidades. Por este motivo, una aberración como tal no puede nunca por sí sola excluir el dolo, pues en caso contrario, no podría darse jamás un actuar doloso".[22]

Lo anterior se encontraba expresamente regulado en la ley penal, a través de las *presunciones de intencionalidad* establecidas en el artículo 92 fracciones 1 y V, las cuales establecían que la presunción de intencionalidad no se destruía aunque el acusado probara: "'1. Que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo en general intención de causar daño... V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito...". Las citadas presunciones desaparecieron al reformarse el contenido del artículo 92, pero ello no impide que tales casos de desviación inesencial de la causalidad, se resuelvan mediante la imputación dolosa del resultado al autor.

Cabe preguntarse ahora, por cuanto al *conocimiento* de la tipicidad si es preciso, para establecer la existencia del dolo, que el sujeto tenga presente la descripción del hecho en un precepto de la ley penal. "Ernesto BELING -explica JIMÉNEZ DE ASÚA-, cuando demanda la conciencia

---

21 Tratado, 11, p. 116.

22 *Tratado,* 11, p. 114.

de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la, sabe el técnico; mejor dicho, la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a una descripción típica, y no debe exigirse que conozca los *elementos* del tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico... Mas ello no quiere decir que debamos negar la conciencia de que se comete un hecho que tiene riguroso encaje en un tipo, por las espaciosas razones, tan repetidas por los escritores, de que en ese caso sólo los abogados serían capaces de dolo... La objeción, antes recordada, de que sólo los técnicos podrían cometer infracciones -con dolo, y que también podría invocarse en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad, queda desprovista de valor, si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y de lo antijurídico. Todos, aun los más ignorantes en mecánica, sabemos lo que es un automóvil, y nadie ignora lo que es una pulmonía, aunque no se hayan hecho estudios médicos. Lo que nosotros sabemos del automóvil y de la enfermedad, no es de manera profunda y acabada como el técnico lo conoce. Nuestro conocimiento es *profano.* Pues bien, debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica, con lo que se han salvado todos los escollos".[23]

Por último, expresamos que el dolo requiere igualmente el *conocimiento de su significación,* con lo cual se alude preferentemente a la *antijuridicidad* del hecho.

Ya al referimos a la acción y a la omisión, dijimos que en la primera, con su *actuar voluntario,* el sujeto viola siempre *un deber de abstención,* por contenerse en la norma una *prohibición de hacer,* en tanto, en la segunda, con un *no hacer voluntario* (inactividad) viola un *deber jurídico de obrar,* por cuanto sólo es posible establecer el concepto de la omisión con referencia a la *acción esperada y exigida.* Ahora bien, para que lo injusto del hecho pueda serle reprochado al autor, éste debe haber tenido *conciencia de su antijuridicidad,* esto es, de que su conducta y el resultado a ella ligado *quebrantaba el deber* (de abstención o de obrar) impuesto por el orden jurídico.

El camino recorrido llévanos a aceptar la definición del dolo dada por JIMÉNEZ DE ASÚA, en la que se comprenden las exigencias anotadas, tanto a la representación como a la proyección de la voluntad. En consecuencia, 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 del resultado que se quiere o ratifica. 24

Consecuentemente, en la formación del dolo concurren dos elementos esenciales:

a) Un elemento *intelectual* consistente en la *representación del hecho y su significación* (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad, y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber), y

. *b)* Un elemento *emocional o afectivo,* no otro que *la voluntad* de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

No constituye inconveniente a lo dicho la existencia de delitos *sin resultado* material (delitos formales), pues en todo caso, la misma conducta es objeto de la representación y de la voluntad corno resultado específico.

4. CLASES DE DOLO

PORTE PETIT, tornando, en consideración las clases de dolo estudiadas por la doctrina, formula la siguiente clasificación:

A) En cuanto a su *nacimiento:*
   a) Dolo *inicial o precedente.*
   b) Dolo *subsiguiente.*
B) En cuanto a su *extensión:*
   a) Dolo *determinado.*
   b) Dolo *indeterminado.*
C) En cuanto a las *modalidades de la dirección:*
   a) Dolo *directo.*
   b) Dolo *eventual.*
   c) Dolo de *consecuencia necesaria.*
D) En cuanto a su *intensidad:*
   a) Dolo *genérico.*
   b) Dolo *específico.*
E) En cuanto a su *duración:*
   a) Dolo de *ímpetu.*
   b) Dolo *simple.*
   c) Dolo de *propósito.*
F) En cuanto a su *contenido:*
   a) Dolo *de daño.*
   b) Dolo *de peligro.*

---

[24] Ob. cit., pp. 392-393.

c) Dolo *de daño con resultado de peligro. d)* Dolo *de peligro con resultado de daño.*

G) En razón de su *categoría:*

a) Dolo *principal.*

b) Dolo *accesorio.*

H) En razón de su *realización:*

a) Dolo *posible.*

b) Dolo *real.* [25]

Dolo directo, eventual y de consecuencia necesaria. La razón fundamental de la separación del *dolo directo* y del *eventual,* radica en la *representación* del hecho, dado que la voluntad no puede funcionar independientemente sino en virtud *del cómo* y de las diversas consecuencias de la realización de la conducta. Dícese que el dolo es *directo* cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado: si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con *animus occidendi o necandi,* esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo.

Según Soler, el dolo directo caracterizase por su contenido intencional más o menos claramente dirigido hacia un evento determinado.[26] Dolo directo, dice Ignacio Villalobos, es aquel en que la voluntad se encamina *directamente* al resultado o al acto típico; es decir, el dolo en que hay *intención,* tomada ésta en su propio sentido.[27] Para Cuello Calón el dolo es directo "cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión, o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente".[28]

El dolo es *eventual* (indirecto) cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, *aceptando* las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe el dolo eventual cuando el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo *lo acepta,* ratificándose en el mismo.

Para BATIAGLINI el dolo eventual se verifica cuando el agente, a la vez que el evento tenido como fin, se representa, o prevé como posible consecuencia de la propia acción, también un evento penalmente

---

25 Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 447, México, 1958. 26 *Derecho Penal Argentino,* 11, p. 132, Buenos Aires, 1951.

27 *Derecho Penal Mexicano,* p. 292, México, 1960.

28 *Derecho Penal,* 1, p. 375, 9" edición.

ilícito y diverso que, sin embargo, no evita. "Se tiene entonces la hipótesis de la representación de varios eventos con voluntad limitada a uno de ellos, hipótesis que no puede ser referida al dolo directo, ni a la culpa con previsión". Por su parte, Von Liszt se encarga de distinguir el dolo directo del dolo eventual en los siguientes términos: "El dolo se da incondicionalmente, cuando el autor *tiene por seguro* la producción del resultado (dolo directo); y se da condicionalmente, cuando el autor sólo. lo tiene como *posible* (dolo eventual); es decir, bajo la condición de que el autor *no haya evitado* la producción del resultado, pues no había llegado a esta conclusión: 'el resultado no sobrevendrá'. Si el autor espera, confiando en su destreza, en su buena suerte, etc., que 'el resultado no sobrevendrá' (piénsese en el caso de Guillermo Tell, en una excursión a un ventisquero), no puede hablarse de dolo. Cuando el agente llega a una conclusión afirmativa ('el resultado se producirá'), o cuando no llega, en suma, a una conclusión, si bien ha previsto la posibilidad de la producción del resultado (golpe con un jarro), existe dolo eventual. El mismo pensamiento puede expresarse con esta regla: existe dolo en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto (fórmula de FRANK) ".[29]

La *previsión* del acontecimiento semeja el dolo *eventual* y la *culpa consciente* (con representación), mas como se verá adelante, se distinguen netamente, pues mientras en el primero *se acepta* el resultado, lo que implica voluntad, en la segunda *ni se quiere ni se acepta el mismo,* eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

Una derivación del *dolo directo* parece ser el llamado *dolo de consecuencia necesaria,* que no debe confundirse con el eventual. En efecto, éste consiste, según lo hemos visto, en la *previsión de un evento posible,* aceptado voluntariamente al no renunciarse a la ejecución del hecho, en tanto en el *dolo de consecuencia necesaria,* según se ha encargado de destacado JIMÉNEZ DE ASÚA, la producción de sus consecuencias no es aleatoria sino *irremediable,* poniendo como ejemplo el caso del anarquista que queriendo dar muerte a un monarca detestable, que siempre viaja con su secretario particular, arroja la bomba destruyendo el automóvil en que van el rey, su subordinado y el chofer. La muerte de los últimos, concluye Asúa, no deseada por el anarquista, es absolutamente necesaria para el homicidio del magnate, pudiendo imputarse esas muertes no deseadas, pero necesarias para la producción de la querida por el ácrata que lanza la bomba.[30]

'Si nos hemos referido en primer término al *dolo directo* y al *eventual,* es porque los mismos son, con toda evidencia, las expresiones

---

29 *Tratado de Derecho Penal,* 11, p. 413, Madrid, 3" ed. Trad. JIMÉNEZ DE ASÚA.

30 Ob. cit., p. 394.

Más importantes del dolo, pero como lo hemos apuntado, la doctrina se ocupa, igualmente, de los siguientes:

a) *Dolo inicial* o precedente y *dolo subsiguiente:* el primero existe, se afirma, cuando el dolo *concurre con la realización de la acción o la omisión,* aunque no perdure al tiempo de la producción del resultado. Se da el *dolo subsiguiente,* con posterioridad a la acción u omisión y significa propiamente la *complacencia* en el resultado. ANTOLISEI denomina, al dolo subsiguiente, *dolo sucesivo,* y como de él señala el caso de la enfermera que por un fatal equívoco suministra al enfermo una sustancia venenosa y al advertir el error omite, intencionalmente, suministrar ~l antídoto, pero el propio autor se cuida de advertir que en realidad lo relevante en el caso es la "actividad", la cual surge cuando *no se actúa* para impedir el evento dañoso, pues el dolo sucesivo no transforma en dolosa la precedente acción inculpable, dado que el delito surge en el momento en que la mujer nada hace para impedir el resultado.[31]

b) *Dolo determinado* y *dolo indeterminado:* en el dolo determinado se dice, la intención o la voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto, en tanto en el dolo indeterminado la acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se le denomina igualmente *dolo alternativo.* Se señala como ejemplo de dolo indeterminado, la intención con que actúa el anarquista que arroja la bomba en un sitio concurrido, ignorando qué concretos resultados provocará (muerte, lesiones, daños, etc.), admitiendo previamente, en su representación, la producción de cualquiera de ellos.

c) *Dolo genérico y dolo específico.* En realidad, no existe consenso en la doctrina respecto a la noción del llamado *dolo genérico,* pues unos lo hacen consistir en la *voluntad de dañar* considerada en *abstracto,* en tanto otros lo identifican con el *propósito* de causar daño, sin que quede ahí la cuestión: también se le caracteriza por el *animus* o por el. *Motivo* particular del agente, etc., razón por la que muchos niegan su existencia al proclamar que sólo existen *dolos específicos,* que se identifican con las causas de delito. En el parricidio se habla de un *dolo genérico* de matar y el *dolo específico* de matar al ascendiente, pero bien examinada la cuestión se verá la intrascendencia de un supuesto dolo genérico, frente a la específica dirección de la voluntad de matar precisamente al ascendiente.

d) *Dolo de ímpetu* y *dolo premeditado.* Clasificación propuesta por CARRARA y otros autores1 quienes ven el dolo de ímpetu concurriendo en el sujeto que comete el delito impulsado por un estado pasional

---

31 *Manuale di Diritto Penale* (Parte General), p. 269, Quinta Edizione, Doct. A. Guiffré editore, Milano, 1963.

(Pasión ciega) que disminuye al mínimo la deliberación y excluye la perseverancia en el propósito. En cambio, el *dolo premeditado* precisa un intervalo más o menos importante entre el momento de la decisión y el de la ejecución, caracterizándose por la *perseverancia* del querer motivado y la frialdad de ánimo *(frígido pacatoque ánimo).*

e) *Dolo de daño y dolo de peligro.* Consiste el primero en el *querer causar daño,* ya lesionando o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminado la conducta delictiva del autor. El dolo de peligro es el dolo peculiar de los delitos de peligro, pues en él el autor quiere la simple amenaza del bien jurídico. El dolo de peligro ha sido negado por algunos, pues se piensa que en el querer dirigido a causar el daño o lesión a determinado bien, el peligro al mismo constituye un grado inferior, resultando evidente que a la lesión misma precede el peligro.

5. EL DOLO EN EL DERECHO POSITIVO

La regulación del dolo en el código penal de 1931 constituyó, una serie de desaciertos que "condujeron no sólo a confusión, sino a verdaderos casos de integración de la ley, al aplicada, a pretexto de su interpretación.

El inicial texto del artículo 82 enumeró las formas de culpabilidad, con terminología inadecuada, al declarar que los delitos pueden ser: 1. *lntencionales,* y 11. *No intencionales* o de *imprudencia,* siendo obvio, en mérito a las ideas expuestas sobre el dolo, que la intención no agota el concepto de voluntariedad, ni tampoco la volición por sí misma resulta eficaz para edificar el concepto de los delitos dolosos. Como bien expresó VILLALOBOS en su momento, al llamar el código "intencionales" a los delitos dolosos, reduce la especie a los cometidos con *dolo directo,* por más que la jurisprudencia estime abarcados en ese término todas las clases de dolo.[32]

El artículo 92, en su primera parte establecía una presunción *jurístantum* respecto a la intencionalidad, con desconocimiento absoluto de la realidad jurídica y los principios de la sana justicia, declarando a continuación que dicha presunción "no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias", con lo cual pretendía abarcar como "intencionales" aquellas conductas o hechos que, en rigor, no quedaban comprendidos dentro de la forma de culpabilidad "intencional", pero sí en la comisión dolosa, lo cual era prueba evidente de la pobreza conceptual que orientaba al código en ese aspecto.

En la fracción 1 *("Qué no se propuso ofender a determinada persona sí tuvo en general intención de causar daño),* se pretendió ver el funcio-

32 *Ob. cit.,* p. 294.

namiento del *dolo indeterminado,*[33] en tanto la fracción 11 se interpretó de modos diversos, pues en tanto algunos encontraban en sus hipótesis, casos de *dolo simplemente indirecto* y alguna especie del *indeterminado,*[34] otros separaban la primera de ellas *("Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito"),* individualizándola como un caso de *dolo de consecuencia necesaria,*[35] en tanto la segunda, *("Que no se propuso causar el daño que resultó* (...) *si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes")* se consideró posible desglosarla en situaciones de *delitos preterintencionales* en los cuales se dan la *culpa con o sin representación ("previó* esa consecuencia (...)" = Dolo + culpa con representación; *"pudo prever* esa consecuencia (...)" = Dolo + culpa sin representación), según lo destacó PORTE PETIT al expresar: "De la fracción 11 del artículo 92 mencionado, se desprende que el agente del delito *ha cometido un daño mayor que el que se propuso causar,* habiendo mediado culpa respecto del daño causado, tomando en consideración que este daño pudo haber sido notorio, previsto o haberse previsto. Es decir, que la fracción aludida está aceptando la naturaleza del delito preterintencional como mezcla de dolo y culpa, y en consecuencia, la redacción del artículo 92, es desafortunada, porque equivale a decir que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque se pruebe que no es intencional respecto del daño causado".[36]

El artículo 8/o reformado en 1983, conservando las expresiones *delitos intencionales* y *no* intencionales o *de imprudencia,* adoptó como novedad, en su fracción 111, una tercera forma de culpabilidad, la correspondiente a los *delitos preterintencionales.* En dicho precepto se dijo *cuándo se obra* intencionalmente, en forma imprudencial o bien con preterintención, rompiéndose con el sistema de omitir los conceptos de *intención* y de *imprudencia* (dolo y culpa), tradicionales formas de culpabilidad, aceptándose una forma nueva, la *preterintención.* Los antecedentes de la mencionada reforma legislativa, concretándose en los artículos 82 y 92, los encontramos tanto en el Código de Defensa Social de Veracruz y en los proyectos de 1958 y 1963 (código tipo), así como en algunos códigos de las entidades federativas, entre los que destacan los de Michoacán y Guanajuato.

---

33 El *dolo indeterminado,* estimado por algunos como una subclase del *dolo indirecto* (VILLALOBOS, *ob. cit.,* p. 293), es aquel en el cual "el sujeto, con voluntad consciente para satisfacer un fin concreto, realiza una conducta de la que pueden derivarse varios eventos, cualquiera de los cuales da satisfacción al fin propuesto".

34 LUZÓN DOMINGO, *ob. cit.,* p. 173, de lo cual dedúcese que tal forma de dolo requiere siempre como requisito *sine qua non,* la existencia de *un fin concreto diverso,* lo que implica *indiferencia* y por ello *admisión,* en la previsión, de los efectos sobrevenidos, como medios la realización del fin querido y propuesto.

35VILLALOBOS, *ob. cit.,* p. 297.

36 Programa, p. 498

No obstante los múltiples elogios vertidos al proyecto de Código penal de 1949, en cuyo artículo 11 se declaró que los delitos son *dolosos* o *culposos,* dándoseles correcta denominación a las formas de culpabilidad en ellos concurrentes, en la reforma de 1983 se cayó en el error de conservar, en los citados artículos 82 y 92, la vieja terminología tan criticada entre nosotros, olvidando las fórmulas que con evidente perfeccionamiento técnico adoptaron proyectos y códigos posteriores a 1931.

En cuanto a la modalidad de definir las formas de culpabilidad, cabe la primacía al Código de Defensa Social veracruzano, rompiéndose así una vieja costumbre, para ahora dar cabida a una definición sobre cada forma de culpabilidad, iniciándose una nueva tendencia posteriormente seguida por códigos y proyectos. Así, el proyecto de código penal de 1958 acepta la *preterintencionalidad* y en su artículo 82, después de declarar que los delitos pueden ser: 1. *Dolosos;* 11. *Culposos,* Y 111. *Preterintencionales,* añade: *"Son dolosos no solamente cuando se quiere o acepta el resultado, sino lo necesariamente unido al querer del agente. Son culposos cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o cuando se cause por impericia o ineptitud. Son preterintencionales cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría".*

Los artículos 12, 13 Y 14 del código penal tipo de 1963 resumieron, superándolas, las definiciones anteriores y constituyeron sin duda la expresión perfeccionada de la tarea iniciada años atrás por el Código de Defensa Social de Veracruz.

A virtud de la reforma de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, vigente a partir del primero de febrero de este último año (artículo primero transitorio del decreto respectivo) se dio su denominación técnica adecuada a las mencionadas como tradicionales formas de culpabilidad. En efecto, el artículo 82 declaraba que: *"Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente",* en tanto el artículo 92 precisaba: *"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.*

En el texto vigente de los artículos 82 y 92 del ahora Código Penal Federal, si bien sin plena identidad gramatical, se conserva la esencia de los preceptos de la mencionada reforma de 1993 que entró en vigor en 1994. En el *obrar doloso* se comprenden tanto el dolo *directo* como el *eventual.* En efecto, ya hemos dicho líneas atrás que en el

dolo, como género, concurren la *representación del hecho* (conocimiento del hecho típico) y el *querer* determinado efecto, elementos uno *intelectual* y *volitivo* el otro. El *conocimiento* o captación, cuando menos potencial, para el agente, de la *injusticia de su proceder,* podrá estimarse o no comprendido dentro de la representación del hecho, según el particular criterio que se adopte, pues para muchos -el conocimiento de la significación jurídica del hecho no compete al dolo, sino al juicio de culpabilidad, cuestión sobre la que no habremos de insistir. El *conocimiento del hecho* comprende no sólo los elementos *objetivos* o de naturaleza material, sino también los *subjetivos* y aun los *normativos* propios del tipo, con la excepción de ciertos elementos de esa índole que no forman propiamente parte del *tipo de injusto* y cuyo desconocimiento puede originar un *error sustancial;* debiendo igualmente comprender, tal conocimiento, el *resultado material* que el tipo exige en algunos casos, lo que lleva a considerar la *previsión* de lo futuro como simplemente probable, lo cual implica también el *conocimiento del proceso causal,* etc. El *elemento volitivo* del dolo, o *emocional* o *afectivo* como también se le denomina, está constituido por la *dirección de la voluntad.* Se identifica con el *impulso psicológico* que constituye el motor de la actuación del agente y que se reconoce como el *querer,* el cual no es cualquier querer, en el sentido a que la psicología moderna se refiere. No debe perderse de vista que el *querer del Yo,* una de las funciones mentales de *regulación,* en sentido lato es el impulso del Yo hacia un objeto o fin determinado, o sea la fuerza psíquica que impulsa al Yo a un fin del que puede tener o no conciencia. Por tanto, cuando hablamos del *querer,* nos referimos al *querer arbitrativo,* identificado con la *libertad de acción del Yo,* en el cual éste tiene *conciencia* de su capacidad de *decidir.* Si se tiene presente que dicho querer se determina en función de *un fin,* que es el *móvil,* previamente conocido, habremos de entender lo que tal elemento del dolo significa.

La anterior disgresión nos permite precisar que la idea del legislador, impresa en el dispositivo que comentamos, no fue la de definir el dolo sino concretar *cuándo* un obrar o actuar debe reputarse *doloso (Obra dolosamente el que)* para los efectos penales. Si el artículo 82 declara que: *"Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente,* lógico es considerar que este precepto se complementa con la primera parte del artículo 92, el cual precisa que: *"Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley",* debiéndose concluir en última instancia-que la ley se limita a describir el *obrar doloso.* En el texto se utiliza el verbo *querer,* por ser el que mejor expresa el obrar doloso, con referencia a los *elementos del tipo penal,* aludiéndose concretamente-con él a 1o que

en la doctrina se conoce como *querer el hecho típico* usándose también en el precepto la expresión *"o acepta la realización del hecho descrito por la ley",* a la que nos referiremos adelante. En la primera parte del texto que comentamos se comprenden los hechos típicos que el sujeto capta en su representación como de segura, cierta o cuando menos probable realización, y aun los remotamente posibles, cuya consumación quiere y se propone; en tanto la segunda parte abarca la realización del hecho típico que el sujeto, aun sin querer en forma directa, *acepta* al preverlo como posible o más o menos seguro *(acepta la realización del hecho descrito por la ley).* Dentro de esta forma de *obrar dolosamente* se comprende igualmente el llamado dolo *de consecuencia necesaria,* en el cual el sujeto *quiere* el resultado típico y lo *unido a él en forma necesaria,* o bien lo acepta como una eventualidad. Usando palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA diremos que la *representación* y la *voluntad,* elementos del *dolo,* abarcan "todo lo conocido y que sea de significación para la figura delictiva", pues cuando "se aparece como deseable, la voluntad tiende a ello de modo directo" *(dolus directus),* pero cuando "el resultado se presenta como necesariamente unido a la acción u omisión, necesariamente ha de aceptarlo el agente con *voluntad necesaria causante,* voluntad de producir el necesario efecto" *(dolo de las consecuencias necesarias),* para por último, cuando el resultado "surge previsto como eventual... que se consiente, lo eventualmente sobrevenido se *admite por la voluntad (dolus eventualis)* ".

Con estricta referencia al *dolo,* el vigente Código para el Distrito Federal lo regula en su artículo 18, el cual, después de afirmar en su primer párrafo que *"las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente,* agrega en su párrafo segundo que *"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización* ", fórmula que pretende innovar la recogida en el actual Código Federal pero sin convencer al intérprete. Si en el *obrar doloso,* el sujeto *conoce* los elementos "objetivos" del hecho típico, ¿en donde ha dejado dicha fórmula los elementos *no objetivos,* como lo son los *normativos* y *subjetivos* que entran en la conformación de múltiples tipos penales? Ignoramos los motivos que el legislador tuvo presente, para referirse exclusivamente, en cuanto a la representación del hecho típico o de la acción típica, a los *elementos objetivos* que lo conforman. Por su claridad, nos parece superior la descripción del *obrar doloso* enunciada en la fórmula del artículo 9/o del Código Penal Federal ya examinada.

JURISPRUDENCIA[37]

"DELITO INTENCIONAL. CASO EN QUE DEBE ESTIMARSE DOLOSA LA CONDUCTA DEL ACTIVO, AUN CUANDO SU INICIO FUESE DE CARÁCTER IMPRUDENCIAL. Si de la mecánica del evento se evidencia que el sujeto activo ocasionó en forma imprudente un resultado típico (lesiones, daño en propiedad ajena u otro), en contravención a un deber de cuidado que sus circunstancias y condiciones personales le imponían; con inmediación a lo cual, respecto al mismo pasivo y en extensión complementaria el acto inicial, voluntariamente lo reitera (lesiones, homicidio, etcétera); la conducta doble resultante involucra a su autor no en responsabilidad culposa sino en el ámbito del dolo directo, en cuanto a que, en el subsecuente momento privó la conciencia y la voluntaria representación del nuevo hecho típico."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 396/88. Fallado el 30 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: A. Enrique Escobar Ángeles. Amparo en revisión 56/90. Fallado el 28 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez. Amparo directo 956/90. Fallado el 31 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera. Amparo directo 932/90. Fallado el 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez. Amparo directo 368/91. Fallado ello de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo VlI: Junio, tesis I.22.P J/28, página 151 *(lUS:* 222370). Nota: Igualmente, aparece publicada en el *Gaceta del Semanario judicial de la Federación,* número 42, Junio de 1991, página 99, y en *el Apéndice al Semanario judicial de la Federación* 1917-1995, Tomo n, Materia Penal, Segunda Parte, tesis 513, pág. 308.

"DELITO INTENCIONAL. CASO EN QUE DEBE ESTIMARSE DOLOSA LA CONDUCTA DEL ACTIVO, AUN CUANDO SU INICIO FUESE DE CARÁCTER IMPRUDENCIAL (LEGISLACIÓNDEL ESTADO DE TABASCO). Si al estar discutiendo, el activo le dio un golpe y un puntapié al pasivo, con cuyos impactos lo hizo caer del puente en que se encontraban y murió, aun cuando el daño que resultó no hubiera sido el deseado por el inconforme, es responsable del mismo, porque de acuerdo con el artículo 62 del Código Penal del Estado de Tabasco, la intención dolosa se presume. Además el numeral 52 del ordenamiento legal citado, establece como únicos grados de responsabilidad el dolo y la culpa, no así la preterintencionalidad. En consecuencia, si el resultado producido fue más allá del querido por el activo, debe reprocharse como doloso, no porque concretamente lo haya querido, sino porque la ley regula sólo esos dos caminos para entrar al terreno de la ilicitud."

---

37 El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciales. sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 130/90. Fallado el 18 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Moisés Duarte Aguíñaga. Secretario: Juan García Orozco. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo VIII-Septiembre, página 120 *(IUS: 221928).*

"DROGAS ENERVANTES, POSESIÓN DE. Si bien es cierto que el delito contra la salud, en la modalidad de posesión de enervantes, es necesariamente doloso, ello no significa que para que el dolo se integre sea necesario que en el activo haya la voluntad de comerciar con la droga, sino que basta con la voluntariedad de la posesión, ya que se trata de sustancias que las leyes sanitarias declaran de posesión prohibida. Podría opinarse que el por qué legislativo de la prohibición fue impedir cualquier acto de consumo o venta, penando incluso la posesión, pero tal como está estructurado el tipo, su comisión, en la modalidad de simple tenencia, requiere únicamente la voluntariedad de comportamiento, independientemente de la finalidad a que se destina la sustancia, y el único caso de excepción es el del toxicómano, que por considerársele enfermo, queda fuera de la fase represiva de las leyes penales."

Amparo directo 1562/62. Fallado e122 de junio de 19(}7. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Sexta Época, Segunda Parte: Volumen LXIV, pág. 15. Amparo directo 3261/62. Fallado el 5 de octubre de 1962. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Volumen L, pág. 25. Amparo directo 2901/61. Fallado el14 de agosto de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Marcado Alarcón. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen CXX, Segunda Parte, página 27 *(IUS:* 258871).

"ENERVANTES, COMPRA DE. Todo delito implica una actividad material y otra anímica. El Código Penal Federal señala en su artículo 82, que los delitos son intencionales y de imprudencia, y si en una situación determinada no se aprecia dolo o culpa, no podrá afirmarse la existencia del delito, no obstante la apariencia externa de la conducta cuya tipicidad es innegable; ello es, la conducta en su fase externa, tal como aparece ejecutada, es subsumible en un tipo o descripción legal que la considera delictiva. El delito de compra de enervantes, presupone indefectiblemente el dolo y dicha condición anímica cuyos elementos están constituidos por la voluntad del resultado y la conciencia de la antijuridicidad del hecho, no puede existir cuando quien "compra", lo que busca es que la autoridad sorprenda en delito flagrante al delincuente o sea, que lo que se quiere es la aprehensión de quien vende, no la compra del enervante, lo que es tan sólo una apariencia tras la cual se oculta una finalidad clara y definitivamente jurídica cual es la persecución de los delitos. Los actos de ejecución material de la conducta descrita en la ley como constitutiva de delito, son en un caso como el presente jurídicamente incoloros, precisamente por la falta de dolo; sostener lo contrario es pasar por alto el problema de la culpabilidad. Es por lo anterior que, sin necesidad de crear excluyente alguna y por sola aplicación del artículo 82, del Código Penal, debe concluir el juzgador que no hay culpabilidad."

Amparo directo 5612/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de sep-

tiembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Ponente: Genaro Ruiz .de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXIX, página 739 *(IUS:* 293412) .

"DOLO EVENTUAL EN CASO DE ROBO Y HOMICIDIO. Si al llevarse a cabo un robo por dos sujetos, y en virtud de su comisión, se produce el diverso delito de homicidio por uno de los sujetos que iba armado, en términos de la fracción 1 del artículo 13 del C6digo Penal es otro es copartícipe, puesto que intervino en la ejecución del delito de homicidio, aun cuando pueda aceptarse que él no haya sido quien directamente causó las lesiones mortales a la víctima. En el caso se advierte la operancia en el copartícipe de un dolo eventual en el homicidio pues al participar en el robo ejecutado con el empleo de violencia, ya que el actor material iba armado, aceptó dicho resultado contingente al no realizar conducta alguna tendiente a evitarlo. »

Amparo directo 4189/80. Fallado el 27 de abril de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volúmenes 145-150, Segunda Parte, página 98 *(IUS:* 234654).

"DOLO, RESULTADOS POR EL. Si el sujeto se coloca voluntariamente en un terreno de tipicidad, se le reprochan la totalidad de los resultados que guarden relación causal con su conducta, como si fueran dolosos; ello es, el dolo no es una voluntad necesaria coincidente con un resultado concreto, sino que basta que exista un contenido típico inicial del acto volitivo para que dicho resultado se reproche como doloso. Puede no coincidir el resultado concreto y la voluntad inicial y no obstante ello el delito se reprocha como doloso.»

Amparo directo 8776/65. Fallado el 23 de noviembre de 1971. Cinco votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Sala Auxiliar, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 35, Séptima Parte, página 35 *(lUS: 246114).*

"HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE EBRIEDAD, NO ES DETERMINANTE PARA ESTIMARLO COMO DELITO CULPOSO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 85 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla prevé la sanción imponible por el delito de imprudencia que cause homicidio o lesiones de las enumeradas por el artículo 307 del mismo ordenamiento legal, el acusado se halla al cometer el delito en estado de embriaguez superior al primer grado o bajo el efecto de enervantes, estupefacientes, psicotrópicos o de una sustancia de efectos similares; pero no establece que los hechos delictivos cometidos en estado de ebriedad deba estimarse culposos, pues el artículo que define esta clase de delitos es el 14, el cual establece como delito culposo el que se comete sin intención, por imprudencia, imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado causando igual daño que con un delito intencional, sin que se encuentre el estado de embriaguez entre las formas de comisión del delito culposo. Por otro lado, el artículo 13 del mismo ordenamiento legal define el delito intencional o doloso como aquel que se ejecuta voluntariamente, queriendo o aceptando el resultado prohibido por la

ley. En estas condiciones es claro que la sola ebriedad no determina que un delito sea culposo, de tal manera que cuando el acusado voluntariamente se colocó en estado de ebriedad, discutió con el pasivo y junto con otro sujeto acuerda privarlo de la vida, es incuestionable que ese homicidio le es penalmente reprobable a título intencional o doloso y
no de culpa, aunque alegue precisamente que lo hizo en estado de ebriedad ya que lo ejecutó voluntariamente, representándose y queriendo o aceptando el resultado prohibido por la ley. "

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 379/88. Fallado el3 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: José Manuel Torres Pérez. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo VI, Segunda Parte-2, página 544 *(lUS: 225073).*

"HOMICIDIO SIMPLE. Resulta incuestionable que la ahora quejosa obró con dolo, puesto que dirigió su voluntad conscientemente a la producción del hecho típico. No se está ante un caso de preterintención, si es evidente que se quiso causar precisamente el daño que resultó y no uno menor. Por otra parte, sería irrelevante que el homicidio se estimara como preterintencional, porque a virtud de haberse comprobado que el deceso fue consecuencia necesaria y notoria del hecho consistente en hacer que la víctima comiera galletas con estrictina, por disposición legal tendría que imputarse el delito a título doloso."

Amparo directo 2570/58. Fallado el 15 de noviembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Gilberto Valenzuela. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XLI, Segunda Parte, página 36 *(lUS: 261299).*

"INTENCIÓN DEUCTUOSA, CUANDO ES LÓGICO PRESUMIRLA. Si el acusado de lesiones manifiesta que la ofendida, esposa suya, se causó las lesiones.
que presenta, jugando con el declarante y esa versión, contradicha por la ofendida, es la afirmación de un hecho contrario a la presunción legal de intención delictuosa que establece el artículo 9/o, del Código Penal vigente en el Distrito Federal, tal presunción no se destruye, pues resulta inadmisible la declaración del quejoso, si ambos cónyuges convinieron en que con anterioridad habían tenido disgustos por cuestiones de familia; las lesiones que presenta la ofendida en diversas partes del cuerpo y en forma de escoriaciones dermoepidérmicas, no son resultado natural de un juego entablado en las mejores condiciones de armonía y, además, por no tener explicación plausible la actitud de la acusadora al ocurrir ante la autoridad a querellarse por las lesiones. "

Amparo penal directo 2179/36. Fallado el17 de marzo de 1937. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rodolfo Chávez, la publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo LI, página 2627 *(lUS: 311297).*

"INTENCIÓN DELICTUOSA E IMPRUDENCIA. Conforme al artículo 811 del Código Penal aplicable, los delitos pueden ser intencionales o no intencionales o de imprudencia. Los primeros se caracterizan porque el agente

realiza voluntariamente los hechos materiales configuradores del tipo, cualesquiera que sean los propósitos específicos o las finalidades perse-

guidas conscientemente por el autor. A su vez, el delito imprudencial se caracteriza porque el agente realiza un daño que no ha querido, como consecuencia de su culpas a conducta positiva o negativa o, en otros términos, que el daño que resultó era previsible y evitable."

Amparo directo 813/58. José Yáñez Luna. 16 de julio de 1959. Cinco votos. Ponente: Luis <;:hico Goerne. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XXV, Segunda Parte, página 65 *(IUS:* 262527).

"INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. EXCLUSIÓN DE SU PRESUNCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE ZACATECAS. La presunción del dolo que se contenía en el artículo 811 del Código Penal para el Estado de Zacatecas, de vigencia anterior, se suprimió en el nuevo Código Penal para el propio Estado, en vigor a partir del 16 de julio de 1986, señalándose al efecto, en la exposición de motivos del nuevo código, que aquella disposición es criticable al negar relevancia penal a verdaderas situaciones de error en que se excluye totalmente el dolo o la culpa, o negar total, relevancia a errores de derecho, no acordes con nuestra realidad. Que la propia disposición legal, contradecía radicalmente el "principio de inocencia" y, según la interpretación tradicional que se hace de la misma respecto de la ubicación de la intención delictuosa, también el "principio de culpabilidad", que son característicos de un derecho penal liberal, propio de un Estado democrático de derecho. Que por otra parte, encerraba la idea de que la ignorancia de la ley no es excusa; principio que viene desde el Derecho Romano y que se ha plasmado en el Derecho Civil, pero que en el Derecho Penal es inadmisible chocando con nuestra realidad social y con los más elementales principios de moderna política criminal. Y que en virtud de lo anterior, se consideró una necesidad ineludible suprimir el contenido del mencionado precepto, y, con ello, lograr una mayor adecuación de la legislación penal a nuestra realidad. Así, el actual Código Penal del Estado de Zacatecas, se refiere al dolo, a la culpa ya la preterintención en su artículo 611, con términos y fórmulas más o menos adecuados, lo que constituye un cierto avance, según se expone en la propia exposición de motivos citada.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo directo 493/90. Magdalena Rivas López. 31 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Esteban Oviedo Rangel. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo VII-Enero, página 286 *(IUS:* 223921).

"INTENCIONALIDAD O NO INTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS. Conforme a lo dispuesto en el artículo 811 del Código Penal Federal, los delitos pueden ser intencionales o no intencionales, de manera que puede afirmarse en principio que todo delito admite los dos grados de culpabilidad, a menos que la descripción legal sea tal que necesariamente implique la voluntariedad del resultado, ya sea por contener elementos subjetivos que implícitamente la requieren (el que engañando a otro), o bien cuando explícitamente el legislador al crear el tipo, consignó la intencionalidad como elemento del mismo.

Amparo directo 4428/63. Ramón Acuña Pacheco. 20 de febrero de 1964. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen LXXX, Segunda Parte, página 25 *(IUS: 259611).*

"LEGÍTIMA DEFENSA, EXCESO EN LA, E INTENCIONALIDAD. Si el acusado obró impulsado por la ira y no con ánimo de repeler simplemente la agresión, aun dentro de la hipótesis de exceso en la defensa, habría un exceso doloso que conduce a reputar el hecho como intencional.

Amparo penal directo 173/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 10 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G.

Corona. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXII, página 931 *(IUS:* 295182).

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLISEI, Francisco: *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1945; BETTIOL, Giuseppe: *Diritto Penale,* Palermo, 1945; CARNELUTTI, Francisco: *Teoría General del Delito,* ed. 1952. Trad. Víctor CONDE; CARRARA, Francisco: *Programa del Curso de Derecho Criminal,* Buenos Aires, 1944; CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976; CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal, Parte General,* 14 edición, Barcelona, 1964; FONTÁN BALESTRA, Carlos: *El Elemento Subjetivo del Delito,* Buenos Aires, 1957;JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La ley y el delito.* Ed. Hermes, 2 edición, Buenos Aires, 1954; LISZT, Franz Von: *Tratado de Derecho Penal,* 3 edición española, Madrid. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA; LUZÓN DOMINGO, Manuel: *Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal,* Barcelona, 1960; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* 11, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ; PECO, José: *Proyecto de Código Penal,* Buenos Aires, 1942; PORTE PETIT, Celestino: *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* México, 1958; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 11, Buenos Aires, 1951; VILLALOBOS, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano,* Editorial Porrúa, S. A., 1960.

CAPÍTULO XVIII

LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD LA CULPA

SUMARIO

1. Generalidades.—2. Teorías sobre la culpa: *a)* Teoría de la previsibilidad; *b)* Teoría de la imprudencia o negligencia; *c)* Teoría de la causalidad eficiente; *d)* Teoría del error evitable; *e)* Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia.—3. Nuestra tesis.—4. Elementos de la culpa.— 5. Clases de culpa.—6. Dolo eventual y culpa consciente.—7. La culpa en la legislación.—8. Compensación y concurrencia de culpas.

1. GENERALIDADES

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causalmente. En tales situaciones afirmase la existencia de *culpa* cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

Cuando se trata de establecer la noción de la culpa, acudiendo a la opinión de los doctos, es fácil extraviarse por los muy diversos senderos [a] que conducen las variadas concepciones elaboradas sobre ella. Hacerse por tanto imprescindible el examen de algunas de las principales teorías sobre la culpa, para iluminar un tanto el camino que nos lleve [a] la determinación de su concepto.

Con todo tino, ALTAVILLA advierte que algunos especialistas emplean [la] palabra "culpa" *(Schuld)* en muy *amplio sentido* para referirse a la *culpabilidad",* esto es, con referencia al elemento *subjetivo* de un determinado tipo de delito, acepción que nos apresuramos a desechar Por resultar impropia. Cuando nos referimos a la *culpa* deberá entenderse que el término está en correspondencia específica a las figuras delictivas cuyo elemento subjetivo es diverso a la *intención* o voluntad que previa representación es esencial al dolo, como ocurre cuando se causa un daño por negligencia o imprudencia.

2. TEORÍAS SOBRE LA CULPA

Una rápida ojeada sobre la doctrina revela la existencia de teorías que construyen la noción de la culpa, ya en la *previsibilidad* del evento o en la *causalidad eficiente;* en un *defecto de la inteligencia* o bien de la *voluntad,* etc., haciendo verdaderamente complejo el problema. Veamos sintéticamente algunas de tales teorías.

a) *Teoría de la previsibilidad.* Dentro de esta corriente destacan, en forma particular, CARRARA y BRUSA. Para el primero, la culpa radica en la *voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hechos.* Explicando su criterio, CARRARA afirma que la culpa es un *defecto de la voluntad,* pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste "la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras". Si la culpa, dice conclusivamente, radicara en un vicio de la inteligencia, ésta no sería imputable ni moral ni políticamente. "Lo es precisamente porque la negligencia tuvo causa en la voluntad del hombre".[1]

Se cuida CARRARA de advertir que la *previsibilidad* es cosa distinta de la *previsión,* afirmando categóricamente que la esencia de la culpa reside en la primera. "Se puede *no prever absolutamente una consecuencia* que se ocasiona después. Se puede *prever como posible,* pero esperar evitarla, y, después, no lograr evitarla. Se tiene la mera culpa no sólo en la primera hipótesis, sino también en la segunda, siempre que no se haya obrado con *el fin de dañar.* Si se obraba con el fin de dañar, en esta segunda hipótesis, el hecho es doloso, porque el dolo emerge del primer fin. Pero si se obraba con un fin inocente, con respecto al segundo efecto, no hay más que mera culpa, porque tanto vale *no prever un* efecto, como *prever que no sucederá.* Se contradiría quien dijera: tú has *previsto que esto no sucedería;* luego tú has previsto que *esto sucedería".*,[2]

Considerando insuficiente el puro criterio de la previsibilidad, BRUSA le añade el de *prevenibilidad,* estimando a la culpa como *la omisión*

---

[1] *Programa del Curso de Derecho Criminal,* I, pp. 80, 81 y 83, Buenos Aires, 1944. Esta teoría tuvo gran aceptación desde el Derecho romano, ya que el Digesto se refirió a ella (Ley 31, *Adlegem Aquilian)* al expresar que *"culpa esse quod eum quein diligenti providere potuerit, provisium non fuit",* o lo que es igual a se da la culpa al *no preveerse aquello que con diligencia hubiera debido preveerse,* pero encontró su mayor aceptación, en la doctrina moderna, recisamente con los clásicos como ORTOLAN, CARMIGNANI, CARRARA, PESSINA, ALIMENA y otros, e incluso en Alemania encontró seguidores como VON LISZT y MEZGER, el primero por cuanto definió la culpa como la *imprevisión del resultado previsible en el momento en que la voluntad se manifiesta,* en tanto el segundo manifestó requerirse que el agente esté en condiciones de prever la realización del resultado. Enrico ALTAVILLA, La culpa. *El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico,* pp. 30-31, Editorial Témis, Bogotá, 1987.

[2] *Programa,* pp. 81-82

voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.[3]

Dentro del mismo enfoque de la culpa, tomando como base la previsibilidad, VON LISZT conjuga nuevos elementos para elaborar una noción puramente *formal* de la misma al decir: "La culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad", agregando, para dar cima a su pensamiento, que el resultado es *previsible* cuando el agente *hubiera podido y debido preverle,* esto es, la previsibilidad fundamenta formalmente la culpa cuando en el momento de la manifestación de voluntad el sujeto no previo lo previsible teniendo la obligación de prever ("El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible").

Para el autor alemán, el concepto de la culpa requiere:

l° *Falta de precaución* en la manifestación de la voluntad, consistiendo en el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias, de lo cual deduce que la falta de atención en el cumplimiento de lo debido constituye *una falta de voluntad.*

2Q *Falta de previsión* del agente, cuando le era posible prever el resultado. "En la apreciación de este problema debe tomarse como base las facultades mentales del agente, en general y en el momento del acto (agitación, embriaguez), y su mayor o menor perspicacia. La medida aquí es subjetiva, *especial.* Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión sé presenta entonces como una *falta de inteligencia".*

3Q *Falta de sentido,* pues el contenido *material* de la culpa consiste en la ausencia de reconocimiento del agente, siendo posible hacerlo, *de la significación antisocial del acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social".*[4]

b) *Teoría de la imprudencia o negligencia.* Sostenida principalmente por J. HAUS, hace radicar la culpa en la *negligencia* ocasionada por la ausencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados. "Se pueden, por tanto, llamar no intencionales o cometidos por simple culpa. Se llaman también *involuntarios* porque aun cuando el delincuente había querido la causa, no ha querido el evento que debía prever o prevenir".[5]

Por su parte SABATINI hace consistir la culpa en la comisión por imprudencia o negligencia de un hecho, coincidente en sus elemen-

---

[3] Cfr. cita en MAGGIORE: *Derecho Penal,* I, p. 601, Bogotá, 1954.

[4] *Tratado de Derecho Penal,* 11, pp. 431-432, 3B edición, Madrid. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÍIA.

[5] *Principii Generali di Diritto Pénale,* I, p. 291, Napoli, 1877. Trad. it. Enrico FEO. Cfr. cit. en LUZÓN DOMINGO: *Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal,* p. 189, Barcelona, 1960.

tos de objetiva y subjetiva, con la infracción de determinados preceptos de Derecho Penal.[6]

En nuestro medio, Ignacio VILLALOBOS expresa que en términos generales, se dice que una persona tiene culpa *cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previo o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo,*[7] pero al describir los elementos de la culpa destaca que la realización de aquello que hace al acto típicamente antijurídico, se debe a- *negligencia* o *imprudencia,* puesto que los demás términos empleados en la definición (falta de atención, reflexión, de precauciones, etq.) no tienen un contenido autónomo por constituir formas mediante las cuales se manifiesta la negligencia o la imprudencia.[8]

c) *Teoría de la causalidad eficiente.* Tratando de encontrar la noción de la culpa, fuera de la previsibilidad, STTOPATO elabora la teoría de la *causalidad voluntaria eficiente,* la cual encuentra apoyo, según la opinión de MAGCIORE, en dos criterios de naturaleza diversa. El primero consistente en la *causalidad eficiente,* por cuanto se pone voluntariamente la actividad como *causa,* al escoger el hombre en forma libre los medios de acción, de manera que responderá del resultado por haber sido su *causa voluntaria eficiente,* sin importar el no haber podido preverlo o que tal resultado fuera previsible con más o menos facilidad. El hecho de haber causado el evento voluntariamente, por haber escogido libremente la actividad que ha sido su causa, hace al hombre responsable y lo somete a la represión social. El segundo criterio, cuya conjugación con el anterior hace posible la incriminación por culpa, consiste en haber obrado con medios *no conformes al derecho.* Las ideas anteriores son resumidas por STTOPATO en la siguiente forma: "El resultado dañoso y contrario al Derecho es punible, cuando es el producto inmediato o mediato de un acto voluntario del hombre, acto que, aunque no estuviera dirigido a un fin antijurídico, se ha realizado con medios que no se demuestran conformes con la idea del Derecho".[9]

Las deficiencias de esta teoría saltan a la vista. Siendo una teoría de la *causalidad,* tiende a resolver la responsabilidad culposa desde un punto de vista *material.* Si se atendiera únicamente a la constatación del nexo de causa a efecto entre la conducta humana y el evento punible, haríase innecesario comprobar la culpabilidad (subjetividad)

---

[6] Cfr. cit. en LUZÓN DOMINGO, *loe. cit.*

[7] *Derecho Penal Mexicano,* p. 298, Editorial Porrúa, S. A., México, 1960.

[8] *Ob. cit.,* p. 299.

[9] *L'Evento punible,* p. 211, Padova, 1898. Cfr. MACCIORE: *Derecho Penal,* I, p. 603.

del sujeto, cayéndose en el absurdo de una responsabilidad puramente objetiva (sin culpa).

"La fórmula 'uso de medios antijurídicos' da origen a insuperables dificultades -expresa MAGCIORE-. ¿Qué hay que entender por esta expresión? El empleo de 'medios homogéneos y normales', de que habla STTOPATO, define *abscurum per obscurius* (lo oscuro por medio de lo más oscuro). Y si por medio antijurídico se quiere entender "un medio contrario al derecho objetivo", está claro que sólo los medios prohibidos expresamente por la ley quedan comprendidos en esta categoría. Fuera de esta prohibición sí vale el principio *qui suo ture utitur neminem laedit* (el que usa de su propio derecho no agravia a nadie). La culpa, pues, existiría solamente en la inobservancia de un deber legal; y la teoría de STTOPATO no puede tener valor sino para los casos de culpa por inobservancia de leyes, de reglamentos, de órdenes e instrucciones, dejando fuera todo el otro vastísimo campo de las transgresiones culposas".[10]

d) *Teoría del error evitable.* KOSTLIN, para quien *negligencia* equivale a culpa, considera existente ésta en aquello en lo cual el agente *noha evitado, el error, que, por dicha razón, es puesto como principio del evento dañoso. En el no evitar estará la esencia de la falta y en el conteni do negativo de la voluntad la diferencia del dolo.*[11]

MANZINI, sólo en cierto aspecto, puede estimarse comprendido en esta corriente, al expresar que la culpa radica en "una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, causante de un evento dañoso o peligroso, previsto como delito en la ley, producido *involuntariamente o* bien por efecto de la *errónea opinión* inexcusable de realizarlo en circunstancias excluyentes de responsabilidad penal".[12]

LUZÓN DOMINGO entiende que el achaque fundamental de esta teoría "reside en que si culpabilidad es una situación láctica que requiere, ante todo, conciencia y voluntad, difícilmente se podrá basar uno de sus grados sobre el *error,* esto es, sobre la *falta de conciencia* que, desde luego, en la culpa existe como en el grado superior de la culpabilidad, si bien esta conciencia se refiere tan sólo a una parte de los elementos reales concretamente al elemento sobre el que ha de operar la voluntad motora...".[13]

e) *Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia.* AI.MENDINCEN, a quien se coloca entre el grupo de los "clásicos", se niega a reconocerán la culpa un vicio o defecto de la voluntad. Aceptando la teoría de la previsibilidad, considera la imputación como una declaración que

---

[10] *Ob. cit.,* p. 604.

[11] LUZÓN DOMINGO, *ob. cit.,* p. 187.

[12] *Tratatto di Diritto Pénale Italiano,* I, p. 515, Torino, 1920.
[13] *Ob. cit.,* p. 188.

pone a cargo del autor, en razón de su voluntad y conciencia, la modificación producida en el mundo externo, dando a los actos culposos el carácter de *vicios de la inteligencia* "por falta de reflexión", de manera que si en tales actos el poder de "elección" es inexistente en el sujeto, la culpa encuentra el fundamento de su punición en la necesidad de amonestar con la pena al delincuente "para que evite, en el * porvenir, otras acciones culposas, y para que aprenda a conocer después de realizarlo el hecho, que omitir una reflexión, capaz de impedir una injusticia, produce consecuencias perjudiciales para él".[14]

TOSTI y CÍVOLI se adhieren a.esta teoría, el primero declarando expresamente que en la culpa hay "constatación de *un defecto de las facultades intelictivas del agente",*[15] en tanto el segundo entiende genéricamente por culpa "un *estado de ánimo* de la voluntad de dañar e incluido en la de hacer actos prohibidos por la prudencia, omitir otros impuestos por la diligencia, asumir empresas superiores a las propias fuerzas, desenvolver la propia actividad siguiendo el propio capricho y no según las normas establecidas por la ley, en los reglamentos o en las costumbres".[16] En síntesis, TOSTI, según lo expresa JIMÉNEZ DE ASÚA, vuelve los ojos a la teoría del defecto de la inteligencia, dando al dolo carácter de defecto del sentimiento, en tanto otorga a aquélla la sintomatía del estado defectuoso de las facultades intelectuales del sujeto".[17] ii El examen de las teorías anteriores no agota, en manera alguna, los diversos criterios y tendencias de doctrina para encontrar la noción de la culpa. Se pueden señalar aún los *criterios normativos,* entre los que figuran los elaborados por IMPALLOMENI, MERKEL y MOUNIER, haciendo consistir la culpa en la inobservancia de reglamentos, ausencia de atención, infracción de deberes de cuidado, etc.; el que ve en la culpa *la voluntaria causación de un peligro,* sostenida por FILIANGIERI, así como el criterio que identifica el dolo y la culpa, seguido entre otros por THON, STUBEL y JANNITTI-PIROMALLO.

3. NUESTRA TESIS

En la formulación del concepto de culpa entran diversos ingredientes de naturaleza bien diversa. No podemos en manera alguna prescindir de la *previsibilidad* como tampoco del *deber de cuidado* exigido por la ley al punir determinadas consecuencias de la conducta humana. La *voluntad* tiene importancia referida concretamente a la acción o inacción del sujeto, pero no debe conectarse con el evento dañoso. El ca-

[14] Vease a Jimenez de Asua; *La Ley y el Delito.* P. 401, 2 edicion, 1954
[15] *La culpa penal*. P. 95, Torino, 1908

[16] *Trattato di Diritto Penale*, I, pp.375-376, Milano, 1912

[17] Ob, cit., p. 401

racter *evitable* del acontecimiento luctuoso juega igualmente importante papel en la culpa como lo destacó BINDING.

En todo acontecimiento culposo se incumple un deber, mas no el deber de observancia de la norma prohibitiva que sanciona el resultado típico y antijurídico, sino de otro diverso formulado implícitamente en la obligación de abstenerse. El sujeto *debe* limitar sus actos a las actividades o inactividades que no rebasen la línea abstracta que conduce a la *creación de un peligro,* pues con ello está infringiendo un especial *deber de cuidado* o una prohibición expresa impuesta por la ley, la costumbre o la razón. El incumplimiento de ese deber o de esas obligaciones es voluntario por originarse con la acción o la omisión que causalmente producirá el efecto dañoso, mas dicha voluntad no es voluntad de causación del resultado. La función de la previsibiüdad del evento no tiene la importancia que antaño se le reconoció, pues por sí misma carece de relevancia, lo que aparece claramente comprobado por la existencia de la culpa consciente, en la cual el agente prevé el efecto dañoso aunque no lo quiera ni lo acepte. Tiene por ello razón ANTOLISEI cuando, al dar a la previsibilidad el carácter de un juicio, niega que éste constituya la esencia de la culpa.[18]

Podemos, en consecuencia, relacionando los elementos dispersos anunciados, definir la culpa como aquel *resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.*

4. LOS ELEMENTOS DE LA CULPA

Despréndanse de la definición anterior, como elementos de la culpa:

a) Una *conducta voluntaria* (acción u omisión), reconocida unánimemente, pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un *resultado típico y antijurídico.* Al referirnos a la culpabilidad dejamos establecido que el juicio en que se hace consistir el elemento subjetivo del delito, presupone necesariamente un *hecho típico y antijurídico,* lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecúa perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.

c)Nexo causal entre la conducta y el resultado. No puede prescindirse de este elemento en la formulación del concepto de la culpa. Para poder *atribuir* el resultado al agente se precisa la relación causal

18 Manuale di Diritto penale, p. 190, Milano, 1947 603

de la conducta con aquél, problema tratado con la debida amplitud al examinar el primer elemento del delito.

d) *Naturaleza previsible y evitable del evento.* Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamen tarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.

e) *Ausencia de voluntad del resultado.* Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría.

f) *Violación de los deberes de cuidado.* La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previsión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que causalmente produce el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado, pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido. La conciencia de ese deber aparece con claridad en la culpa con representación, más hacerse difícil ubicarla en la culpa sin representación. En ésta, lo aclara MEZGER, sólo puede consistir en el *conocimiento* de una relación entre el deber infringido y el resultado, de manera que el agente "no sólo debe haber conocido el deber como tal, sino que debe haber sido consciente también del carácter del deber que le incumbía; debe haber sido consciente de que dicho deber tenía el sentido de evitar *resultados de esta especie".*[19]

5. CLASES DE CULPA

La culpa se clasifica en *consciente,* llamada también con representación o previsión e *inconsciente,* denominada igualmente sin representación o sin previsión.

Existe culpa consciente cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. La culpa es consciente, dice CUELLO CALÓN, "cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias

[19] *Tratado de Derecho Penal,* II, pp. 194-195, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ

perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán".[20]

Para MEZGER hay *culpa consciente* cuando el sujeto autor ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá[21] en tanto MACGIORE la define como *"una conducta voluntaria (acción u omisión) que ocasiona un resultado antijurídico, no querido, pero sí previsible, o excepcionalmente previsto, y tal que hubiera podido evitarse con la atención debida".* En fin, SOLER la identifica como aquella *en que el evento es previsto como posible, pero no querido y, además, el sujeto espera, infundadamente, que no ocurrirán.*

Por lo contrario, se está en presencia de la *culpa inconsciente* (sin representación) cuando el sujeto *no previo el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.* Explica J. J. HAUS que en la culpa sin previsión el agente *no lia previsto necesariamente* el mal resultado de su acción (o de su inacción) pero que habría podido preverse. "Esta culpa es susceptible de dos modificaciones: l[fi] El agente no ha conocido la naturaleza de su acción; no ha sabido que podría producir el resultado de que ha sido causa, existiendo en el caso una ignorancia o error sobre un hecho especial o sobre sus circunstancias esenciales; pero el autor está en culpa por haber dejado de adquirir el conocimiento; 2ª El agente ha conocido la naturaleza de su acción, sabía qué consecuencias deplorables podían resultar, pero no ha pensado en la desgracia que ha sobrevenido. Habría, pues, podido preverla, si hubiera reflexionado, si hubiera hecho de sus facultades intelectuales el uso que el deber le prescribía. La causa interna del delito es una *desatención,* una *irreflexión culpable."* [23]

En opinión de LUZÓN DOMINGO, con la cual estamos acordes, la distinción de la culpa con o sin representación carece de interés por sí misma y únicamente sirve como índice auxiliar para calificar la gravedad de la culpa. "Por ello, como regla general -dice el citado autor-podemos indicar que la *representación probable* del evento implicará una mayor gravedad en la culpa, en cuanto el sujeto ha querido una conducta que sabía muy peligrosa, pero la *representación meramente posible,* poco probable, del evento, supondrá una menor gravedad de la culpa, porque el agente ha querido una conducta que conocía como muy poco peligrosa. En consecuencia, no podemos por menos rechazar la estimación de la representación como una agravante de la culpa, pues a simple vista resulta menos culpable el sujeto que se re

---

[20] *Derecho Penal,* I, p. 397, 9" edición.

[21] *Tratado,* II, p. 186.

[22] *Derecho Penal Argentino,* II, p. 149,Buenos Aires, 1951.

[2S] *Ob. cit.,p.* 311.

presenta el peligro remoto de un evento, que el que, aun sin parar mientes en dicho momento de la posibilidad de un evento concreto, realiza una conducta peligrosísima, rayana en lo absurdo, que por conocimientos de experiencia anterior sabrá ser altamente peligrosa".[24]

Desde el Derecho romano ha venido distinguiéndose la culpa en *lata, leve y levísima.* Se considera *lata* cuando la generalidad está en condiciones de prever el resultado; *leve,* cuando sólo los hombres diligentes pueden preverlo y *levísima* en razón de la extraordinaria diligencia, muy poco común en el hombre, requerida para prever la posibilidad de los daños causados.

El Código penal del Distrito'Federal en su artículo 77, deja al prudente arbitrio del Juez la *calificación* de la gravedad de la culpa, quien deberá tomar en consideración las circunstancias *generales* señaladas en el artículo 72, y las *especiales* siguientes: I. La *mayor o menor* posibilidad de *prever y evitar* el daño que resultó; II. El *deber de cuidado* del inculpado que le es *exigible* por las circunstancias y condiciones personales que la actividad del oficio que desempeñe le impongan; III. Si el inculpado ha delinquido *anteriormente* en circunstancias semejantes; IV. Si *tuvo tiempo* para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo, y V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transportes y, en general, por conductores de vehículos. Puede entonces decirse, con razón, lo necesario aún de considerar o tener presente la tradicional clasificación de la culpa que atiende a su intensidad, ello por cuanto a la *culpa inconsciente,* es decir, en los casos en que el sujeto actuó *sin previsión* del resultado.

6. DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE

Aunque hay autores, como SÁNCHEZ TIJERINA, que al negar la culpa con previsión, niegan igualmente la aludida distinción, a virtud del criterio de que la previsión configura el dolo, el mayor número de los tratadistas consideran importante dicha diferencia.

Entre los españoles, CUELLO CALÓN destaca que en el dolo eventual hay *aceptación* del resultado antijurídico, en tanto en la culpa consciente se obra con la esperanza, o mejor aún, se confía en que el resultado *no habrá de producirse*^ Quintano RIPOLLÉS hace consistir la diferencia en la *ilicitud inicial* operante en el dolo y la *licitud* de la actividad inicial en la culpa, "pues las discriminaciones a base de la cali

---

[24] Ob. cit., p. 302.

[25] Ob. cit., I, p.376

dad o entidad del factor psicológico de la voluntad no suelen ser más que ingeniosos juegos de palabras". Entre los mexicanos, julio KLEIN explica que si bien en la culpa consciente y en el dolo eventual existe representación previa del resultado, "se diferencian en que, en la primera, la voluntad es por completo ajena a la producción del resultado, el agente obra confiado en que éste no aparecerá; en el dolo eventual, el agente quiere obtener el fin que se propuso, a pesar de que se produzca el resultado".[2t>] Por su parte, CASTELLANOS TENA considera que tanto en la culpa consciente como en el dolo eventual, existe voluntad de la conducta causal y representación del resultado, "pero mientras en el dolo eventual se asume *indiferencia* ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión *no se quiere,* antes bien, *se abriga la esperanza de que no se producirá".*-[1]

Establecido el punto común, consistente en la representación del evento, la diferencia es sencilla de precisar tomando en cuenta la proyección de la voluntad. En el dolo eventual bay *aceptación* del resultado previsto como posible o probable, o sea *voluntad,* aunque no querer directo, en tanto en la culpa consciente no hay voluntad respecto al resultado que *no se quiere ni se acepta* a pesar de haber sido representado.

7. LA CULPA EN LA LEGISLACIÓN

El artículo 9ª, del Código penal federal, en su párrafo segundo expresa: *"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".*

Lo primero que salta a la vista es cjue el texto actual eludió el inadecuado sistema adoptado en la fórmula inicial del artículo 8", se refiriere a las especies de culpa, pues dicho dispositivo señaló: *"Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional",*

[2,i] *Teoría de la culpa,* p. 74, México, 1941.

[*ll] *Untamiento* Elementales de Derecha l'enal,* p. 249, 10* edición, l'orrúa, 1976. En igual sentido Alfonso REYF.S E., para quien esta modalidad de la culpa linda con las fian le ras del dolo, particularmente con el *eventual..* *Ea ambos existe representación y por ende previsión del evento dañoso, pero en la culpa el agente no sólo no quiere su verificación sino que conlia en que no se producirá; a tiempo que en el dolo eventual, sin querer expresa y directamente dicho resultado antijurídico *nv se hace nada por evitarlo* sino que asume el riesgo probable de que ocurra; estamos, pues, ante una aceptación anticipada del hecho lesivo que genera, por lo mismo, una imputación dolosa. Si el agente, sostiene BEITIOL, actúa en una situación de indilc-rencia respecto a la producción del evento, asumiendo su riesgo o esperando que se realice, el dolo eventual debe

admitirse, mientras que si actúa esperando que el evento no se realice, el dolo debe entenderse excluido, para dar paso a la culpa consciente." *la Culpabilidad,* p. III Universidad Externado de Colombia, 1977.

mérito que igualmente correspondió al legislador de 1983, quien al reformar esa arcaica y "supuesta" definición que consistía en otorgar carácter de género a una de las especies de la culpa, como lo es la *imprudencia,* para describir otras de la misma índole, logró dar fisonomía a dicha forma de culpabilidad, al establecer que: *"Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".* Al comentar esta reforma dijimos, que bien examinado el problema, en *todas* las formas de culpa está presente la *infracción al deber de cuidado que al agente le incumbe;* que en todo acontecimiento culposo se incumple un deber, el de limitar los actos a las actividades que no rebasen la línea abstracta que conduce a la *creación de un peligro,* pues de hacerlo se está infringiendo un *deber de cuidado* o una *prohibición expresa* impuesta por la ley, incumplimiento que si bien es voluntario, originado en una acción u omisión que causalmente producirá el efecto dañoso, no es voluntad de causación del mismo, agregando en dicho comentario que la *previsibilidad* del evento carece de la importancia que antaño se le reconocía, ya que *por sí misma* carece de relevancia, lo que aparece claramente comprobado por la existencia de la *culpa consciente,* en la cual el agente *prevé un* evento aunque *no lo quiere ni lo acepta.* "La *violación del deber de* actuar en determinada forma -expresamos textualmente-, capaz de evitar el daño causado, ha sido sostenida como fundamento de la culpa hace muchos ayeres, pues ya FEUERBACH habló de un *deber autónomo de diligencia* y MEKKEE adujo que la ejecución culposa de un delito *es realización resultante de inadvertencia o indiferencia en el cumplimiento de las obligaciones,* en tanto BINDINC aludió, en la culpa, a los *deberes de conocimiento* cuyo incumplimiento es atribuible a la culpabilidad del agente. Con más precisión, VON HIPPEL sostuvo que la culpa es reproche por una *conducta contraria al deber jurídico* y la definió diciendo *'procede culposamente, quien no presta atención al cuidado que se debe y del que es capaz, según las circunstancias y según sus condiciones personales, y por eso no prevé que puede realizar el tipo de la acción punible, o teniéndola como posible confía, a pesar de ello, que aquél no se producirá.*[28]

Volviendo al texto vigente, advertimos que si bien se alude a la *falta de previsión* del resultado típico *previsible,* o a su *previsión, confiando el agente en que no se produciría,* se vinculan dichos elementos con lo que caracteriza a la culpa, según lo hemos hecho notar, o sea la *violación a un deber de cuidado* que el autor debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales, tratándose con ello de perfeccionar la fórmula utilizada en múltiples códigos y proyectos que, o bien acudían al criterio de la *previsibilidad,* con referencia a la

---

[28] F. PAVÓN VASCONCELOS. *Las Reformas Penales (Análisis crítico de la Parte General),* pp. 39-40, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

culpa inconsciente (falta de previsión de lo previsible) o a la *culpa consciente (previsión* del resultado dañoso *sin voluntad de causación),* o al de la *violación del deber de cuidado* que las circunstancias y las condiciones del autor le imponían.

A la conclusión afirmativa de la culpabilidad culposa, habrán de coadyuvar los siguientes elementos de juicio: a) *la determinación de si, el hombre medio, hubiera estado en condición de dirigir su actuar de tal manera que hubiese podido evitar el proceso causal que originó el evento dañoso y prohibido* (hecho típico), y b) *si el sujeto no realizó su conducta de acuerdo a la medida de dirección ideal, de lo cual era capaz, para impedir la realización de los efectos nocivos,* es decir con la prudencia necesaria, o bien si actuó con falta de atención o de cuidado, esto es, con falta de previsión de aquello que era por su naturaleza previsible para el hombre medio y que por ello tenía obligación de prever *(culpa inconsciente o sin previsión)* o si habiendo previsto el hecho típico, confió sin motivo, en que no se produciría *(culpa consciente o con previsión)*[29].

Se señalan como *formas* o especies de culpa, principalmente, a la *imprudencia,* a la *negligencia* y a la *impericia.* Digamos por tanto, brevemente, en qué consiste cada una de ellas:

a) La *imprudencia,* dice Ricardo C. NÚÑEZ, se caracteriza por la *temeridad* del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consciente.[30] SOLER ve en ella el *afrontamiento de un riesgo,* el cual es conocido solamente como tal, a diferencia del dolo en que el riesgo es previsto e su posibilidad afirmativa.[31]

b) La *negligencia* no es sino falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente. "Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible".[32]

c) La *impericia* es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio, esto es, la deficiencia técnica originada de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

---

[29] La legislación penal del Distrito Federal ha acudido, para determinar las características del obrar culposo, a las fórmulas muy meditadas y exploradas en las anteriores reformas a la legislación de 1931, y que culminaron en la codificación federal. Efectivamente, el artículo IH referente al *dvloy* a la *culpa,* únicas formas en que las acciones u omisiones delictivas pueden realizarse, expresa en su párrafo segundo que: *"Obra culposamente el que produce el resallado típico, que no previa siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar".*

[30] *La Culpabilidad en el Código Penal,* pp. 128 y ss., Buenos Aires, 1946.

[31] *Ob. cit.,* II, p. 148. Para VILLALOBOS la imprudencia (falta de prudencia) es ausencia de discernimiento y distinción entre lo bueno y lo malo, falta de cuidado y de precauciones como consecuencia de un actuar precipitado y con audacia que puede llegar a la temeridad.

[32] Ricardo C. NÚÑEZ, *ob. tú.,* pp. 129-130.

a la falta de reflexión o de cuidado no tienen, apunta VILLALOBOS, contenido autónomo; se trata de formas en las cuales se manifiesta la imprudencia o la negligencia, resultando por ello redundante su uso que tiende "en forma semicasuista, a sugerir la idea de la culpa pero según se van precisando los elementos esenciales de lo definido y se vayan seleccionando las palabras que mejor los expresen, deben desterrarse de la definición como medios indirectos que no favorecen la concisión ni la precisión deseables".[33]

8. COMPENSACIÓN Y CONCURRENCIA DE CULPAS

Al resumir el pensamiento jurídico sobre la llamada *compensación de culpas,* Sebastián SOLER considera impropia esta expresión usada en el Derecho privado, particularmente en el Derecho Civil y con la cual se alude a la división de la obligación de reparar, constituyendo una disminución de la parte debida en razón de que la víctima concurrió también, con su culpa, a la producción de su propio daño. El autor argentino censura el uso de dicha expresión al considerar que no se trata de una compensación, sino del hecho de que, habiendo la víctima contribuido a su propio daño, el culpable ha causado un daño menor a la totalidad del sufrido y ello lo releva de la condena a la indemnización total. Este instituto carece de sentido en el Derecho penal, pues la culpa de la víctima o de un tercero, no excusa la culpa del autor, dado que la "culpa ajena no tiene el efecto de borrar la propia" [34] ni tampoco produce la compensación de ella.

---

[33] *Ob. cit.,* p. 299. El *casuismo* a que se refiere el autor mexicano, apunta directamente al texto original del artículo 8ª del Código penal de 1931, afortunadamente superado en las reformas hechas en los años de 1983 y 1993, a las que con amplitud nos hemos referido antes.

[34] *Ob. cit.,* p. 159. "Se pregunta la doctrina-dice Alfonso REYES EcHENDiA-qué sucede cuando a la culpa con que obra el autor concurre la del sujeto pasivo; tal sería el caso del automovilista que por ir a exceso de velocidad y sin luces prendidas por la carretera envuelta en espesa niebla, choca contra otro que venía en dirección contraria en idénticas condiciones, con resultado de lesiones para ambos. Es indudable que los dos omitieron el deber de cuidado a que estaban obligados (conducir a velocidad reducida y con las luces exteriores encendidas) dadas las condiciones atmosféricas imperantes en el lugar de los hechos. ¿Cuál entonces la situación de uno y de otro?". Después de pasar revista a las opiniones de destacados juristas, REYES ECHEN-DIA expresa la propia en los siguientes términos: "Creemos que la culpa, como especie del fenómeno culpabilidad, pertenece al hombre puesto que proviene de su mundo interior y no puede, por lo mismo, ser borrada o compensada por la culpa de otro; la omisión del cuidado y diligencia en una determinada conducta mía que me hace ser imprudente, negligente o imperito y que da lugar a un hecho antijurídico no desaparece ni puede ser contrarrestada por comportamiento semejante de quien resultó lesionado con mi acción. Lo que ha de examinarse en tales casos es si mi descuido en la situación concreta habría producido de todos modos el evento ilícito aunque el sujeto pasivo

hubiese actuado sin culpa alguna; si la respuesta es afirmativa, mi acción es culpable; si es negativa no lo será porque la magnitud del descuido proveniente de la víctima fue tal que el resultado, antijurídico se habría producido aunque mi comportamiento hubiera sido social y jurídicamente intachable. Si Pedro está dispuesto a suicidarse tirándose al paso del primer vehículo que pase por el sitio donde se encuentra, los efect

La inoperancia de la compensación de culpas no equivale a negar la *concurrencia de culpas* en la producción de un resultado delictuoso. En efecto, la culpa de un tercero no tiene la virtud de excluir la del autor, pero puede en tal caso establecerse la existencia de una *suma de culpas,* pues la de cada uno de quienes intervinieron en el hecho constituye *condición causal* en la producción del resultado, pero al mismo tiempo, siguiendo el criterio de la "equivalencia de las condiciones *(conditio sine qua non),* cada una de las acciones culposas es causa de la producción del evento. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido invariablemente lo inadmisible de la compensación y, al mismo tiempo, que la concurrencia de culpas no excluye la del autor.[35]

JURISPRUDENCIA [36]

"DELITO CULPOSO. SUS ELEMENTOS. LOS elementos del delito culposo son: *a)* existencia de un daño con tipicidad penal; *b)* existencia de un estado subjetivo de la culpabilidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, negligencia, falta de cuidado e imprudencia, manifestada por medio de actos u omisiones; relación de casualidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante, y *c)* imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culpabilidad, produjo el acto u omisión casuales. Por tanto, es imprescindible en los delitos culposos demostrar la existencia de un estado subjetivo en el que el agente incurre en falta de previsión de lo que humanamente es previsible." Amparo directo 6765/67. Fallado el 16 de junio de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 6, Segunda Parte, página 15 *(IUS:* 237002). Nota: Igualmente, aparece en el Informe de Labores, 1969, Segunda Parte, Primera Sala, página 49.

---

letales de su acción no variarán por el hecho de que el automóvil escogido por el futuro suicida, venga con exceso de velocidad, no disponga de buenos frenos, esté manejado por un adolescente sin pase o, al contrario, corra a velocidad moderada, presente sus mecanismos de control y seguridad en buen estado y esté conducido por un experto y cuidadoso chofer. No es que desconozcamos que la acción culposa del autor pueda verse facilitada en sus resultados nocivos por la conducta igualmente descuidada del sujeto pasivo; lo que sostenemos es que en tales casos no se compensan las dos culpas, sino que permanece incólume la de aquél; ahora bien, si el comportamiento descuidado de ambos ocasionó lesiones recíprocas cada uno responderá de su propia acción culposa... Decidido que no existe en manera alguna el fenómeno de la compensación de culpas, reconocemos que cuando a la culpa del autor contribuye la del sujeto pasivo, este hecho ha de ser tenido en consideración para los efectos de la punibilidad en el sentido de imponer a la responsable una sanción menor de la que merecería si no hubiera existido descuido alguno de la víctima...", *La Culpabilidad,* pp. 125 y ss.

[35] Constátense las correspondientes tesis a las ejecutorias dictadas en los juicios de Amparo Directo números 5534/960 y 5185/58, publicadas, la primera en número 168, Año XVI, p. 440 del *Boletín de Información Judicial* y, la segunda, en el Informe de la Suprema Corte de Justicia de 1959, del *Seminario judicial de la Federación.*

[se] El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

"DELITOS CULPOSOS, ELEMENTOS QUE DEBAN ACREDITARSE, TRATÁNDOSE DE LOS. Conforme a los artículos 8ª y 9[9] del Código Penal Federal, las acciones u omisiones solamente pueden realizarse dolosa o culposamente; obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Por tanto, para que se acredite plenamente la culpa en los delitos de esta naturaleza deben encontrarse conformados por dos elementos: *a)* el subjetivo, en el que debe probarse que el agente del delito obró con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado; y *b)* el objetivo, que se aprecia sensorialmente por los efectos que causó, o sea, por los daños materiales."

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo directo 1025/95. Fallado el 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco. Santiago. Secretario: Rafael León González. Tribunales Colegiados de Circuito, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, Tomo IV, diciembre de 1996, tesis XX.98 P, página 388 *(IUS:* 199887).

"ENCUBRIMIENTO, HIPÓTESIS CULPOSA EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE. En orden a la conducta ejecutada por el activo de delito de encubrimiento, cuya específica hipótesis previenen los párrafos primero y segundo, de la fracción I, del artículo 400, del Código Penal aplicable, donde literalmente se precisa que: "si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho a disponer de ella..."; indudablemente que dicha figura delictiva es ejemplo de un delito culposo, porque así lo señala la exposición de motivos, en cuanto a que el enjuiciado del mismo actúa positivamente al recibir la cosa, pero omite por negligencia o en forma imprudencial realizar la conducta que la norma le impone, esto es, la de asegurarse objetiva y razonablemente de que la persona de quien recibe la cosa tiene derecho a disponer de ella."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 482/90. Fallado el 30 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: José Luis González Cahuantzin. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, Tomo V, Segunda Parte-1, página 209 *(IUS:* 225685).

"IMPRUDENCIA. La imprudencia consiste en la falta de previsión de un hecho previsible o bien, como con acierto la define la ley substantiva penal, al través del artículo 8[fl], fracción II, del código represivo federal,

dando una definición de lo que es imprudencia, en la falta de reflexión o de cuidado que causan igual daño que un delito intencional."

Amparo directo 5893/57. Fallado el 29 de enero de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XXIV, Segunda Parte, página 240 *(IUS:* 262743

"IMPRUDENCIA. Si el reo manejaba una camioneta y por imprudencia suya se volcó el vehículo, pero antes de producirse la volcadura el ofendido abrió la portezuela e hizo intentos de salirse y al dar la voltereta, cayó y se produjo la muerte, resulta configurado el delito de asesinato culposo."

Amparo directo 820/58. Fallado el 12 de septiembre de 1958. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XV, Segunda Parte, página 101, *(IUS:* 263627).

"IMPRUDENCIA. Los elementos materiales constitutivos del delito culposo son: *a)* Un estado de imprudencia en el agente activo del delito por imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, *b)* Un daño tipificado como delito, y *c)* Que exista relación de causalidad entre aquel estado y el daño causado."

Amparo directo 7823/57. Fallado el 17 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XIII, Segunda Parte, página 91 *(IUS:* 263881).

"IMPRUDENCIA. La actividad desplegada por el agente, al no adoptar las medidas aconsejables por la experiencia y la más elemental prudencia, es generadora de imprudencia, atento el contenido del artículo 8^{U}, fracción II, del Código Penal Federal, poique causó un daño igual al de un delito intencional, resultando de que le es imputable, no sólo por existir el nexo causal necesario entre la conducta y dicho resultado, sino porque éste no fue previsto, siendo previsible, y evitable con el actuar inesperado y no verificado."

Amparo directo 3473/57. Fallado el 22 de julio de 1958. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XIII, Segunda Parte, página 91 *(IUS:* 263882).

"IMPRUDENCIA AL DESPEGAR UNA AVIONETA EN UNA CARRETERA (LEGISLACIÓN DE JALISCO) . El quejoso al causar daños personales y materiales, obró al margen de las normas de aeronáutica, al utilizar, sin el correspondiente permiso, una carretera destinada al servicio de automóviles y camiones, como pista de despegue, de una avioneta, no obstante que la más leve reilexión bastaba para advertir el peligro que ese mal uso implicaba, por lo que sus actos revelan grave imprudencia. Sin que valga argüir que habiendo aterrizado en la carretera por fuerza mayor, elevarse de la misma era consecuencia lógica, primero, porque no comprobó la existencia de la causa emergente, y segundo, porque sin el correspondiente permiso de la Dirección General de aeronáutica, no podía legalmente hacer, en una carretera, el despegue de la avioneta. Para que la imprudencia exista, basta se incurra en negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado y que se cause un igual daño al

producido por un delito intencional, según exposición expresa del artículo 8ª fracción II, del Código Penal. De ahí la tesis jurisprudencial de que los delitos por imprudencia se configuran por la presencia de los siguientes elementos: primero, prueba de un daño igual al que producen los delitos de intención, segundo, una conducta o proceder imprudencial, en persona diversa del ofendido y,

tercero, nexo causal entre ambos elementos. En consecuencia, cuando de las constancias de autos aparece que fueron probados dichos requisitos y de ellos se deriva la responsabilidad criminal, no se violan garantías en perjuicio del quejoso, al declararlo así la autoridad designada como responsable."

Amparo directo 3622/61. Fallado el 8 de marzo de 1962. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen LVIÍ, Segunda Parte, página 35 *(IUS:* 260411).

"IMPRUDENCIA. AMONESTACIÓN Y REINCIDENCIA. La amonestación no es una pena sino una medida de seguridad, es decir, una medida preventiva, una advertencia que cabe hacer no sólo para los delitos intencionales sino también para los culposos. El código ordena que en toda sentencia condenatoria, sin hacer distingos sobre la clase de delitos, se exhortará al reo para que no reincida. En otras palabras, se le advierte que tenga cuidado y pericia tratándose de los delitos por imprudencia. Opinar de otro modo llevaría a que los acusados de esta clase de ilícitos no podrían ser considerados nunca como reincidentes ni habría aumento de penalidad, no obstante la frecuencia de esa clase de delitos, debido al cada día más reciente maquinismo. Inclusive los preceptos legales sobre reincidencia tampoco distinguen sobre la naturaleza de los delitos arriba señalados. Por otra parte, habría condena condicional indefinidamente en caso de tener que estimarse siempre como delincuente primario al acusado por esta clase de delitos."

Amparo directo 5213/58. Fallado el 12 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Primera Sala. *Apéndice* 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, tesis 173, página 99 *(IUS:* 390042).

"IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CULPA CONSCIENTE. Si el inculpado previo el resultado dañoso, pero abrigó la esperanza de que no se produjese, su comportamiento establece la causa decisiva del daño habido y éste le es imputable a título de culpa consciente."

Sexta Época: Amparo directo 4880/51. Fallado el 25 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 6076/51. Fallado el 25 de enero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2186/46. Fallado el 5 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5283/51. Fallado el 17 de marzo de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1809/60. Fallado el 21 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Primera sala, *Apéndice* 1917-1995, Tomo II, Primera Parte, tesis 177, página 101 *(IUS:*390046).

"IMPRUDENCIA, DELITO POR. Comete un delito imprudente quien, en los casos previstos por la ley, cause un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por lo evitable. Como consecuencia de la falta de dolo, se caracterizan estos delitos por su reprochabilidad y peligrosidad. Así, mientras en los hechos dolosos la

finalidad de la acción se dirige al resultado típico y pasa a constituir el "dolo", la finalidad de las acciones contenidas en los hechos punibles culposos se refiere a un resultado también determinado. En orden a lo dispuesto por el artículo 8ª, fracción II, del Código Penal Federal: se

entiende por imprudencia, toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, que cause igual daño que un delito intencional."

Amparo directo 3851/75. Fallado el 27 de noviembre de 1975. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 83, Segunda Parte, página 30 *(IUS:* 235367).

"IMPRUDENCIA, DELITOS COMETIDOS POR. Para que exista un delito por imprudencia, es necesario que el agente ocasione un daño que no lia ([Herido, como efecto de su culpable conducta, positiva o negativa; pues interpretando el artículo 8tt, de Código Penal, los elementos del delito de-imprudencia son: un daño tipificado como delito; la existencia de un estado subjetivo de imprudencia, que se traduce en acciones ü omisiones imprevisoras, negligentes, imperitas, irreflexivas y faltas de cuidado; y la relación de causalidad entre el estado imprudente y el daño final. Para poder calificar a la acciones u omisiones imprudentes, como delitos, se requiere que el daño resultante, de ellas, haya sido previsible por el agente, según su personal situación y de acuerdo con las normas medias de cultura, y además, evitable con una conducta diversa. Ahora bien, si el encargado de preparar la marcha de una locomotora no se cercioró de si el regulador se encontraba cerrado y de si la palanca de marcha estaba debidamente cerrada: y por tener que atender otro servicio, abandonó la máquina, y el velador que le ayudaba en el trabajo, por imprudencia y sin conocer el funcionamiento de la máquina, hace que esta última retroceda y vaya a causar daños, aun suponiendo que exista una omisión de parte de dicho encargado, esa omisión no ofrece relación de causalidad alguna con los hechos ocurridos, esto es, con la marcha emprendida por la locomotora y con colisión que se efectuó entre ella y un tren, y por tanto, tal omisión no puede ser considerada como delito de culpa o imprudencia, en los términos de la fracción II del artículo 8y, del Código Penal Federal; ya que no pudo prever que otro empleado tratara de manejar el mecanismo de la locomotora, sin tener los conocimientos técnicos necesarios para ello, y humanamente no pudo evitar que procediera en tal forma por haber tenido a su cargo otro trabajo: y la sentencia que en tales condiciones lo declara penalmente responsable es violatoria de garantías."

Amparo penal directo 1240/39. Fallado el 3 de agosto de 1939. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo LXI, página 1740 *(IUS:* 309761).

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. La existencia del ataque está subordinada a la voluntariedad de la acción, por ello, si a virtud de un proceso culposo una arma se dispara esto no puede calificarse de ataque aun cuando eventualmente produzca un daño, sino que deberá fallarse sobre la posible existencia de un delito culposo."

Amparo directo 4635/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se mencionad nombre del promovente. 19 de julio de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXIX, página 168 *(IUS:* 293186).

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. Si el acusado aceptó la posibilidad de que se realizara un evento no querido, pero sí previsto, nos encontramos ante la presencia de un delito culposo."

Amparo penal directo 5619/48. Fallado el 2 de abril de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXII, página 32 *(IUS:* 297521).

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. De conformidad con el artículo 8fl del Código Penal Federal, son tres los elementos constitutivos del delito de imprudencia: un daño tipificado como delito; existencia de acciones u omisiones negligentes, imperitas, imprevisoras, irreflexivas/O faltas de cuidado, y relación de causalidad entre la actitud imprudente y el daño final y el hecho de que el quejoso antes de cumplir su turno, dejara la locomotora al cuidado de otro, sabiendo que éste ignoraba el manejo de las máquinas, y que además tenía poco tiempo de haber entrado a trabajar en los ferrocarriles, implica grave imprevisión y falta de cuidado, que fundan legalmente su responsabilidad criminal."

Amparo penal directo 7484/50. Fallado el 28 de junio de 1951. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CVIII, página 2072 *(IUS:* 298846).

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. Si el orden jurídico reclamaba una acción del quejoso, y éste no la cumplió, ocasionando con ello unido a otras causas, como Ja imprudencia de la víctima y de un tercero, el advenimiento del resultado dañoso, es inconcuso que cometió el delito en la forma prevista por la fracción II del artículo 8ª del Código Penal." 11 Amparo penal directo 2510/48. Fallado el 28 de julio de 1950. Mayoría de tres votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Disidente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CV, página 892 *(IUS:* 299601).

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. El artículo 8ª del Código Penal Federal, pre-i viene que se entiende por imprudencia, toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional; pero si de las diversas constancias del proceso, aparece que la víctima del delito, por su imprevisión, dio lugar al accidente y que el responsable puso en juego todos los medios que estaban a su alcance para evitarlo, es incuestionable que el delito no existe, o por lo menos surge una duda completa y manifiesta de que el agente haya obrado en forma descuidada y por tanto, el auto de formal prisión que en su • contra se dicte, es violatorio de garantías."

Amparo penal en revisión 126/42- Fallado el 22 de abril de 1942. Mayoría de tres votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. Disidente: Fernando de la Fuente. La

publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo LXXII, página 1880 *(IUS:* 308572).

"IMPRUDENCIA. CONCURRENCIA DE CULPAS. Aun suponiendo que el conductor del otro vehículo haya sido también causante de la colisión, es bien sabido que en los delitos culposos no existe compensación, o sea que si el acusado contribuyó con su imprevisión al resultado dañoso, no se descarta que sea culpable por el daño que se produjo, si obró con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión, o de cuidado."

Amparo directo 4900/55. Fallado el 26 de noviembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Sexta Época. Volumen III, Segunda Parte, página 96 (primera tesis, tres asuntos). Volumen VI, Segunda Parte, página 41 (segunda tesis). Volumen VIII, Segunda Parte, página 57 (primera tesis). Volumen XI, Segunda Parte, página 19. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XII, Segunda Parte, página 149 *(IUS:* 264062).

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. Por *actiones liberae in causa* han de entender aquellas acciones en las que el sujeto establece la causa decisiva en un momento en que es imputable, mientras que, en cambio, su conducta corporal sólo se desenvuelve en un tiempo en que su imputabilidad está ausente, pues en estos casos se utiliza a sí mismo como instrumento, para la producción del resultado lesivo. Mas ello no significa que la *actio libera in causa,* determine la no reprochabilidad de la conducta en grado de culpa, ya que precisamente esta clase de acciones son típicas tratándose de delitos imprudenciales."

Amparo directo 5312/57. Fallado el 18 de octubre de 1957. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Quinta Época: Tomo CXV, página 857. Amparo directo 4571/51. La publicación no menciona el nombre del promovente. 5 de enero de 1953. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen VI, Segunda Parte, página 157 (7(75:26513).

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLISEI, Francisco: *Manuale di Diritto Pénale,* Milano, 1947; CARRARA, Francisco: *Programa del Curso de Derecho Criminal,* Buenos Aires, 1944; CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Porrúa, 10ª edición, 1976; CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal, Parte General,* 14ª edición, Barcelona, 1964; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La ley y el delito,* Ed. Hermes, 2ª edición, 1954; KLEIN, Julio: *Teoría de la Culpa,* México, 1941; LISZT, Franz Von: *Tratado de Derecho Penal,* II, 3* edición, Madrid. Trad. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA; LUZÓN DOMINGO, Manuel: *Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal,* Barcelona, 1960; MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal,* I, Ed. Témis, Bogotá, 1954; MANZINI, Vincenzo: *Trattato di Diritto Pénale,* I, Torino, 1920; NÚÑEZ, Ricardo C: *La culpabilidad en el*

Código Penal, Buenos Aires, 1946; PORTE PETIT, Celestino: *Legislación Penal Comparada*, Jalapa, Ver., 1946; VILLALOBOS, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., 1960

CAPÍTULO XIX

LA PRETERINTENCIÓN

SUMARIO

1. La preterintencionalidad.—2. Criterios sobre la preterintencionalidad.—3. Delitos calificados por el resultado.—4. El *versari in re illicüa.*—
5. La preterintención en la ley mexicana.

1. IA PRETERINTENCIONALIDAD

En la doctrina penal, se considera, bajo el término genérico de *preterintencionalidad* (preterintención), comprendida una serie de casos en los cuales, concurriendo algún elemento de culpabilidad, no existe plena coincidencia entre dicho elemento y el resultado típico producido por el autor.

Múltiples autores niegan la posibilidad del delito preterintencional, en cuanto se afirma que la misma actitud psicológica del autor no puede ser estimada simultáneamente abarcada por el dolo y la culpa, cuestión que revisaremos, con la brevedad necesaria, líneas más adelante. Por otra parte, por demás está decir que en la doctrina discútese, con más o menos pasión, cuál 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 doctrina la preterintencionalidad (preterintención) expresa una especial forma del obrar culpable, aunque en realidad poquísimos son los códigos penales que le otorgan a la preterintención el rango de forma de culpabilidad. Se señalan como casos de preterintencionalidad: *a)* los *delitos preterinlencionales; b)* los *delitos calificados por el resultado; y c)* el *versari in re illicita.*

En los *delitos preterintencionales* se produce el fenómeno en que el agente, al realizar *dolosamente* un hecho delictivo, produce otro más grave no abarcado por su intención. Como expresa Ángel RKYES NAVARRO, es criterio comúnmente aceptado que el delito preterintencional se configura "cuando *el daño causado es mayor de aquel que tenía inten-*

ción de causar el agente, o dicho en otras palabras, cuando el resultado ha sobrepasado a la intención del autor "[l] concepto que referido al actuar del hombre lleva a Enrique CURI a expresar que "obra preterintencionalmente quien, en ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave".

2. CRITERIOS RESPECTO A LA PRETERINTENCIONALIDAD

Un primer criterio, de preferente estudio, por razón de su antigüedad, es el propalado por CARRARA, entre otros, quien estimó y con él la Escuela Clásica, con estricta referencia al homicidio "preterintencional", que este delito pertenece a la familia de los *homicidios dolosos,* a virtud de que el ánimo del autor se encuentra proyectado a la simple lesión de la persona y, por necesidad absoluta, la causación de la muerte se conecta con dicho ánimo de lesión, presuponiéndose que el acontecimiento de muerte, además de no haber sido querido no ha sido tampoco previsto, aun cuando por su naturaleza se trata de un acontecimiento *previsible.*

No se trata, en el sentir de CARRARA, de un homicidio con *dolo indeterminado,presisamente* por la *falta de prevension* en cuanto al exceso de la acción delictiva querida; no es tampoco culpa, dado que existió en el ánimo del sujeto la *intención* malvada dirigida a producir un resultado dañoso y, por último, no es tampoco *verdadero dolo* en cuanto a la muerte, acontecimiento final, "porque no sólo faltó la voluntad (...) sino también la previsión actual de poderla causar".[2] Lejos estaba, del pensamiento de CARRARA, imaginar a la preterintención como una forma de culpabilidad, pues para él todo se reducía, con referencia exclusiva al delito de homicidio preterintencional, a la concurrencia de una forma especial de dolo, o dicho en otro giro *"el grado máximo de la culpa informada de dolo" y* por ello de un grado inferior al dolo determinado, con lo cual se advierte que, en su íntimo pensamiento, en la noción que propaló del homicidio preterintencional no renunciaba a su integración con el dolo y con la culpa. Hemos consecuentemente de reconocer que CARRARA no ignoró, que en ciertos homicidios, el agente no realiza su acción con intención homicida, de manera que el resultado sobrepasa o va más allá del daño querido, no obstante que aquél era por su naturaleza *previsible.*[3]

---

[1] *La Preterintencionalidad,* p. 100, Editorial Jus, México, 1949.

[i] La frase "culpa informada por dolo" precisa el criterio de CARRARA, por cuanto la imputación no se mide por la posibilidad de prever el daño, sino según la norma del dolo que concurre en el acto.

[s] Francisco CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal (Parle Especial)* I, pp. 80 y ss. Buenos Aires, 1945. Dentro de este mismo criterio, Eugenio FLORIÁN, después de referirse al dolo directo y al indirecto, dividiendo el primero en dolo determinado e indeterminado o

La crítica más certera al criterio anterior, la formula JIMÉNEZ DE ASÚA, cuando expresa su repugnancia a llamar *dolo* a lo que se imputa sin ser querido, estimando más adecuado hablar de *delito preterí intencional* y no de *dolo preterintencional.* El término *preterintención* denuncia, dice el excelente penalista, la índole más subjetiva en su estructura que el usado en Alemania (delitos calificados por el resultado) "puesto que más allá de la intención *no sólo está la responsabilidad objetiva, sino también y antes la culpa.* Aunque (...) no falten autores italianos que nieguen la necesidad de exigir la previsibilidad, nos parece posible definir la preterintención como *una alianza de dolo y culpa, en que el autor del acto doloso Origina una consecuencia más grave que el agente pudo, al menos, prever".**

Un segundo criterio clasifica el delito preterintencional como delito culposo. Empieza Bernardino ALIMENA, como representante de esta corriente, por admitir la teoría de la previsibilidad del evento material realizado, como base estructural del delito preterintencional, pues "si las consecuencias del hecho ilícito o doloso son previsibles, se responde de esa consecuencia mayor, y no se excede de la hipótesis de la culpa; si en cambio, las consecuencias no son previsibles, entonces nos hallamos siempre en el caso fortuito, que a pesar de derivarse del dolo jamás mudará de naturaleza"; por ello, continúa, "se permanece siempre en la órbita de la culpa, y el problema del dolo mixto de culpa, del dolo mixto de caso y de la culpa mixta de caso no debió haber surgido nunca...".[5] La postura adoptada por ALIMENA, al combatir los llamados *delitos calificados por el resultado,* "teoría bárbara y erizada de dificultades", le lleva a desembocar en el aserto de que los delitos dolosos agravados por las *consecuencias previsibles no queridas* son "casos de culpa derivados de un hecho doloso". JIMÉNEZ DE ASÚA, al referirse a la postura de AIIMENA afirma: "No acertamos a comprender cómo B. ALIMENA se ha extraviado de modo tan completo. Niega, como vemos, que exista dolo mixto de culpa, y cree que estas hipótesis son 'casos de culpa derivados de un hecho doloso' con lo que se afirma precisamente lo que se niega. Pero además no nos explicamos que hable de culpa, cuando lo que importa es una lesión corporal... agravada por la previsibilidad de la muerte sobrevenida, es decir, que, a pesar del aserto de que nos hallamos 'en la órbita de la culpa', lo que se imputa es un hecho doloso de herir, y en cambio, lo que realmente tiene carácter culposo, el homicidio resultante previsi

alternativo, define el *dolo indirecto* como aquel en el que agente, no obstante perseguir un determinado evento dañoso, el real sobrevenido o derivado de su acción sobrepasa a su intención. *Parte General de Derecho Penal,* p. 141, La Habana, 1929.

[4] *Tratado,* VI, 2' edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1962.

[5] *Relazione sul Progetto,* p. XLIII, Cfr. cit. en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado,* VI, p. 84.

ble, es lo que sólo se aprecia, no como culpa... sino como agravante del hecho doloso de causar lesiones".[6]

Otra postura más, tal vez la más seguida últimamente en la doctrina, ve en la preterintencionalidad una mezcla de dolo y culpa; dolo respecto al evento querido, más culpa en cuanto al resultado material causado que el agente no ha previsto a pesar de que pudo haberlo previsto. Se afirma que Marcelo FINZI es uno de sus precursores y que *" a las objeciones opuestas respondió vehemente que una misma acción la que produce más graves efectos, puede perfectamente bien ser *dolosa* respecto a un efecto, al cual se ha dirigido su voluntad de dañar, y *culposa* respecto de otro distinto mas grave. "

Primero V. MANZINI y después una pléyade; de juristas objetaron, con mucho énfasis aunque con poca razón, que en una misma acción no puede darse, desde el punto de vista psicológico, tanto el dolo como la culpa, pues su coexistencia es inadmisible tratándose del mismo hecho, derivando hacia otras soluciones sus particulares puntos de vista. En México hicieron eco a tal corriente negativa, J. J. GONZÁLEZ BUSTAMANTE.'F. CASTELLANOS TENA e Ignacio VILLALOBOS, pues él primero expresó que a su juicio y como tendencia dogmática, en todos los delitos, o se quiere el resultado (dolo), o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del autor (culpa), sin que sea dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta; el segundo, expresa que "no es dable hablar de una forma autónoma de culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, *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 obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste surge por la conducta imprudente del autor, al infringir, el deber de cuidado correspondiente. El delito se comete mediante dolo, o por la culpa; pero tratándose del primero puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de la que podía racionalmente preverse y evitarse" en cuanto al profesor VILLALOBOS, más que delitos preterintencionales, se ¿raja de delitos con resultado preterintencional, porque éste sobrepasa el límite propuesto por el agente.[8]

---

[6] *Tratado,* VI, pp. 84-85.

[7] *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* pp. 252-253, Vigésima edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

[8] *Derecho Penal Mexicano,* p. 313, 2* edición. Editorial Porrúa, México, 1960. Para usar sus propias palabras: "... no es enteramente propio hablar de 'delitos preterintencionales', puesto que suponiendo como se supone que la intención es una especie de la culpabilidad y por tanto uno de los elementos del delito, afirmar que éste es preterintencional es colocar el todo (el delito) más allá de una de sus partes (la intencionalidad). En realidad lo que va más allá de la intención es un resultado o una tipicidad que se produce sin haber sido lo que se buscaba; por tanto, más bien que de delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado o con tipicidad preterintencional".

En México, también hay defensores del criterio que ve en la preterintencional la *suma* de dolo y culpa. Celestino PORTE PETIT se convierte en campeón de esta tesis y desde la elaboración del Código de Defensa Social de Veracruz se adhiere con entusiasmo a la idea de considerar a la *preterintencional* como una *suma del dolo directo* respecto del delito propuesto y *culpa,* en el resultado real y causal de su acción, lo que excluye el dolo eventual y la culpa con previsión, idea que posteriormente supera al considerar que no hay por qué limitar el delito preterintencional a la mera falta de previsión (previsibilidad del resultado no previsto), pues la circunstancia de que un resultado excedido se haya previsto, *no quiere decir que se haya querido o se haya aceptado,* pues se confundiría (al concluir así) el dolo directo, el dolo eventual y la culpa consciente.[9]

De igual postura es Ángel REYES NAVARRO, quien en su importante monografía sobre *La preterintencionalidad,* después de pasar revista a la cuestión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, concluye aceptando que "la fórmula de dolo directo en el inicio más culpa en el cual el resultado es mayor a la intención y que además se forma de la concurrencia de dolo directo en el propósito y de culpa en el resultado, advirtiendo que en lo que no hay todavía definición en la doctrina, es en el aceptar que en el resultado mayor interviene la culpa en sus dos grados, pero no obstante tal inconveniente, se adhiere francamente a esa posibilidad. En efecto, razona: "aceptemos que el agente obró con dolo respecto a las lesiones y que, además, se representó la posibilidad de un daño mayor, que no quiso ni aceptó, sino tenía la esperanza de que este resultado no sobrevendría. En este ejemplo -concluye- existe delito preterintencional, formado por la concurrencia de dolo directo en el inicio más culpa con previsión en el resultado. Como queda anotado, hay que atender, primordialmente, a la postura psicológica del agente. No es lo mismo que el sujeto activo prevea y acepte (dolo eventual), a que prevea y tenga esperanza de que ese resultado no se producirá".[10]

3. DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

Llámense delitos calificados por el resultado, *aquellas situaciones captadas por la ley, de conductas dolosas que producen resultados más graves de los previstos y queridos, en los que la pena se aplica en función del*

[9] *Revista Jurídica Veracruzana,* Jalapa, Ver., tomo IV, N° 2, p. 716. Véase referencia bibliográfica en REYES NAVARRO, *La preterintencionalidad,* p. 120. [10] *Ob. cit.,* pp. 122 a 124.
533

[10] *Ob. cit.,* pp. 122 a 124.

principio meramente causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor. En ellos, dice A. ETCHEBERRY, se "quiere realizar (dolosamente) una conducta delictiva determinada, y a consecuencia (...) resulta un evento distinto y más grave, que la ley carga en cuenta al hechor, aunque no lo haya previsto", agregando que para poder hablar de tales delitos "es preciso que el evento más grave no haya sido querido dolosamente, pues en tal caso, aunque haya sólo dolo eventual, se sanciona directamente por la figura dolosa que corresponda".[11]

La mencionada expresión, nacida en la doctrina alemana, se vino refiriendo a los casos de delitos en que la pena señalada en la ley para la comisión dolosa de un hecho se prolonga a la producción de resultados más graves, aunque éstos no se hayan previsto siquiera y por ello tampoco querido. Los delitos calificados por el resultado fueron la excepción más notoria al principio *nulla poena sine culpa,* que se traduce en que toda pena supone *culpabilidad* en su autor y por ello fue considerado por LOFFLER y muchos penalistas teutones más, como un baldón ignominioso y retroceso brutal, por representar expresión de una responsabilidad objetiva que atiende al puro proceso causal y no a la verdadera culpabilidad del autor. La situación ha variado notablemente con las leyes de reforma al derecho positivo alemán, fundamentalmente con la segunda y tercera, aunque sin llegar a las exigencias de culpabilidad en nuestra sensibilidad.[12]

4. EL VERSARIIN RE ILLICITA

De tiempo atrás se viene discutiendo si pertenece a la culpa la necesaria licitud de la acción, lo que plantea de nueva cuenta el principio del *"versan in re illicita".* De acuerdo con éste, el sujeto que ejecuta

[11] *Derecho Penal (Parte General),* I, p. 298, 2" edición, Gibbs A. editor, Santiago, 1965.

[12] MAURACH cree que el principio de que no hay pena sin culpabilidad, sólo ha sido posible a través de la relativamente reciente tercera ley modificadora del derecho penal alemán, pues anteriormente se oponían a él los *delitos calificados por el resultado* que sólo exigían la culpabilidad de la acción inicial, básica o fundamental, en tanto las agravaciones típicas originadas en esa acción "no precisaban ser abarcadas por la culpabilidad del autor. Aun cuando en la inmensa mayoría de casos -expresa- las cualificaciones partían de una acción básica dolosamente cometida, punible ya como acción dolosa, existían también tipos con acciones básicas culposas. Por este 'injertado' resultado delictivo el autor era castigado con una pena adicional que prescindía de la

correlación de culpabilidad. Los remedios propuestos antes de 1953 dirigidos a evitar, en los casos en que el resultado más grave no era previsible, la agravación altamente injusta, transcurrieron por distintas vías. Por un lado se negó ya, en los casos de proceso causal 'anormal' objetivamente imprevisible, la causalidad por otro, se exigió que la punición agravada no se aplicara sino en los casos en los que el resultado concreto era previsible por el autor, esto es, en aquellos casos en que la cualificación era atribuible a imprudencia". *Tratado de Derecho Penal,* II, pp. 86-87, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Trad. José CÓRDOBA RODA.

una acción ilícita responde de los resultados de ella a título de dolo, excluyendo la culpa.

Aunque en nuestra ley no existe disposición en el Código penal que otorgue carácter *antijurídico* a la acción violatoria de reglamentos, lo que de *lege ferenda* permitiría la operancia del *versari in re illia-ta,* la Suprema Corte de Justicia del país ha abierto la puerta a aquella estimativa, sirviendo de ejemplo lo pregonado por la tesis de jurisprudencia 157, que nos permitimos transcribir, y que aparece publicada en la página 323 de la segunda parte del Apéndice correspondiente a los años de 1917-1975, que dice: "IMPRUDENCIA, DEUTOS POR. VIOIACIÓN DE REGLAMENTOS DE TRÁNSITO. Quien violando reglamentos de tránsito, ocasiona daños físicos o patrimoniales al conducir vehículos, obra imprudencialmente y debe responder a título culposo del resultado dañoso".

En la hipótesis de violación de reglamentos, sobre todo de tránsito urbano o de ferrocarriles, siendo ilícita la acción, los resultados son atribuibles a quien la ejecuta y su imputación se hará a título de culpa. No obstante lo propalado en la tesis jurisprudencial señalada, no comulgamos del todo con la afirmación que ordinariamente se hace en el sentido de que la violación del reglamento hace culpable al sujeto que comete la infracción, pues si en principio opera una fuerte presunción en tal sentido, puede demostrarse que la culpa no existe y no debe hacerse reproche alguno al sujeto, aunque siempre habrá quien opine que si no se hubiere realizado la aludida violación posiblemente no se hubiera producido el evento dañoso y punible a título de culpa, pues el *caso fortuito* debería descontarse en su operancia, dado que la ley exigía en él un hecho *lícito* inicial, ejecutado con todas las precauciones debidas, de acuerdo a la fórmula recogida por el artículo 15, fracción X del Código penal, ahora ya modificada. Nosotros siempre pensamos que adherirse, sin discriminación alguna, al citado principio, aún invocando la exigencia de la ley para hacer operante el fortuito, abría las puertas a la posibilidad de una *responsabilidad objetiva.*

El nuevo texto de la fracción X del artículo 15 del Código Federal, que precisa causa de *exclusión* del delito cuando: *"El resultado típico se produce por caso fortuito",* sin definir éste, hace posible que como excepción pueda aceptarse su operancia en el caso de violación de reglamentos sin la concurrencia de los elementos de la culpa. Si ésta consiste en la producción de un resultado típico que el agente no pre-

vio siendo previsible, o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y sus condiciones personales, es aceptable a nuestro juicio que la causación del resultado lesivo, a pesar de la acción ilícita realizada, que se limita a la violación del reglamento, no será culpable de demostrarse que, no obstante su ilicitud, el sujeto

no pudo preverlo por ser para él imprevisible. Pensemos en el caso de quien, violando el reglamento y para ahorrar tiempo, circula en sentido contrario en una calle de poco tránsito, atropella a quien, con ánimo suicida, se arroja a las ruedas del vehículo, causándole la muerte.

5. LA PRETERINTENCIÓN EN LA LEY MEXICANA

En texto *anterior* del artículo 8ª del Código penal del Distrito Federal, aplicable en toda la República' en materia del fuero federal, se declaraba que *"Los delitos pueden, ser:* III. *Preterintencionales,* y el párrafo tercero del artículo 9ª prescribía: *"Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".* Con la adopción de la forma del *obrar preterintencional que* siguió la corriente legislativa iniciada en el Código de Defensa Social de Veracruz y que más tarde encontró acogida en varias de las legislaciones de los Estados.

Primero el citado Código de Defensa Social, en su artículo 7ª, y después los códigos penales de Sonora (art. 6ª), el abrogado de Baja California (art. 5ª), el de Michoacán (art. 7ª) y el de Guanajuato (art. 40), así como de otras entidades federativas del país y los proyectos y anteproyectos de códigos penales del Distrito y los entonces territorios federales de 1958 y 1963 (código tipo), avalaron la entonces adopción en el Código penal del Distrito Federal de la preterintencional como una forma más de culpabilidad, la cual daba solución expresa a los casos en los cuales, estando *ausente* el dolo en el resultado, no podían ser sancionados, en rigor técnico, como auténticos delitos dolosos.

En su oportunidad elogiamos la reforma que suprimió las *presunciones* de intencionalidad, consagradas por el viejo artículo 9ª del Código penal y expresamos, citando a Alfredo ETCHEBERRY, que los casos de delitos preterintencionales se limitan a cuatro: a) *Dolo* de lesiones *leves* con resultado de lesiones *graves;* b) *Dolo* de lesiones con resultado de *homicidio;* c) *Dolo* de *lesiones* y resultado de *aborto,* y d) *Dolo* de *aborto* con resultado de *homicidio,* los cuales constituían base justificativa suficiente para reconocer, en la ley mexicana, la aludida forma de culpabilidad, la cual acababa con una de las excepciones al principio "no hay pena sin culpa" *(nulla poena sine culpa).* Abundando en lo anterior dijimos que la fórmula acogida por el artículo 9ª, en su tercer párrafo, resultaba aceptable, pues

contemplaba en el *obrar preterintencional* la concurrencia del dolo o la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo *directo* o dolo *eventual)* y culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido, disposición que encontraba adecuada complementación con la fracción VI del artículo 60, ubicado dentro del Capítulo II, referente a la *aplicación de sanciones*

a los delitos imprudenciales y preterintencionales, incluido en el Título Tercero del libro primero del Código penal, que establecía: *"En caso de preterintencional el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable si el delito fuera intencional",* con lo cual se siguió el sistema de facultar al juzgador para disminuir, la pena aplicable al delito intencional, hasta una cuarta parte, separándose del criterio más flexible seguido en otros códigos, como los de Guanajuato (artículo 43) y Michoacán (artículo 60), que consagraron un *límite máximo* a imponerse, de la correspondiente al delito doloso.

Con la reforma penal de 1993, en vigor a partir del primero de febrero de 1994, el artículo 8ª declaró que las acciones u omisiones delictivas *solamente pueden realizarse dolosa o culposamente,* con lo que se excluyó el obrar preterintencionalmente como una tercera forma o especie de la culpabilidad penal, criterio adoptado en el nuevo Código del Distrito Federal.

No desconocemos, en lo más mínimo, que las soluciones propuestas para sancionar los casos de delitos preterintencionales, en los códigos que sólo recogen las tradicionales formas de *dolo y culpa,* son variadas. Una de tales soluciones sanciona el evento producido con pena *atenuada,* cuando la intención del autor hubiese sido la de producir un daño menor del que resultó, sistema seguido por los códigos españoles de 1850 (art. 9^2, 3^5) y 1963 (9^Q, 4^a), es decir como *circunstancia atenuante;* otra de ellas sancionan tales casos como *dolosos* a través de la *presunción* de intencionalidad o voluntariedad, como ocurría en el texto anterior del artículo 9^Q del código penal nuestro, presunción que no admitía prueba en contrario y que daba oportunidad de sancionar el resultado, según algunos, a título de culpa, como cuando el evento *no era previsible para el común de las gentes* no obstante su naturaleza *previsible,* o cuando no era *efecto ordinario* sino *excepcional* del hecho u omisión. Otro criterio es el de sancionar el delito preterintencional como un *concurso* entre un delito *querido* y otro *producido* (cuasidelito), solución que les parece satisfactoria a Eduardo NOVOA y a Alfredo ETCHEBERRY,[13] negándose este último a admitir lo contradictorio de la aceptación, en la solución propuesta, de la concurrencia al mismo tiempo del dolo y la culpa, dado que tales formas son incompatibles respecto *a un mismo hecho,* pero no respecto a *hechos distintos.*[14]

Tanto en España como en otros países, ha surgido la apasionada polémica respecto al alcance interpretativo de normas semejantes. En

Chile, la comprensión del término *voluntariedad* empleada en el artículo

[13] Eduardo NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno,* I, p. 557. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960. Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General,* I, pp. 297-298. Gibbs A. Editor, Santiago, 1965.

[14] *Ob. cit.,* p. 298

l°, del Código Penal ha dado origen a múltiples divagaciones sobre el sentido de la presunción establecida en el inciso segundo del precepto, y la opinión mayoritaria parece inclinarse a considerar que, si el obra con *voluntariedad* es sinónimo de dolo, entonces la norma consagra una *presunción de dolo* que, por monstruosa, resulta inaceptable COUSIÑO, MAG IVER, una vez agotada la revista hecha a los criterios interpretativos vertidos en Chile, respecto a la citada disposición, se permite concluir que en su país la mayor parte de los juristas piensa que la presunción de voluntariedad trae consigo la de dolo, pues así la sostuvieron, en el pasado FUENTESALIDA y FERNÁNDEZ y más recientemente LABATUT, NOVOA Y ETCHEBERRY, haciendo notar, como entre nosotros lo hizo JIMÉNEZ HUERTA, que la presunción de dolo es un problema puramente procesal, y que si el Código de Procedimientos Penales (art. 456) establece que los jueces para condenar deben haber adquirido la *certeza* de que el reo ha tenido una participación culpable en el hecho punible, ello los ha dejado en plena libertad para prescindir de la citada presunción.

JURISPRUDENCIA

"PRETERINTENCIONALIDAD. Aunque el agente activo aparentemente solo quiso la lesión que infirió a su contrario al golpearlo con una pistola y no el efecto final por el disparo del arma' (preterintencionalidad), siendo previsible para el común de las gentes la causación de daños mayores por la facilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se manipulan inadecuadamente, conforme al precepto 9º de la ley sustantiva en relación con el numero 8", no se liberó el agente de la represión por este efecto lesivo último, toda vez que, verificada la materialidad, el legislador mexicano presume dolosa la actitud de dicho sujeto activo al ser previsible el resultado de su conducta, sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla del dolo y de la culpa.

Amparo directo 1840/58. Manuel Hernández Reyes. 4 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Agustín Mercado Alarcón tesis relacionada con la jurisprudencia 194/85. Primera Sala, semanario judicial de la Federación, Secta Época, Volumen XIII, Segunda Parte, pagina 123 (IUS: 263909).

"Preterintencionalidad, Calidad De Dolosos De Los Delitos En Códigos que No Prevén La Legislación Del Estado De Oaxaca. El

articulo 5º del Código Penal del Estado de Oaxaca, tiene una estructura idéntica al 9º de Código Penal Federal. El articulo 4º del código de la entidad federativa nombrada, repite el contexto del 8º de código federal, estableciendo como únicos posibles grados de la culpabilidad de dolo y la culpa. La

[15] El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérase a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

ley habla de delitos intencionales y delitos imprudenciales, y para referirse al dolo utiliza la expresión "intención delictuosa". La doctrina jurídica, que no es otra cosa que la sistematización de los principios que informa la ley y que viene a ser en último término el descubrimiento de los principios rectores de la misma, en vez de utilizar el término intención dolosa, prefiere el de "dolo", para evitar la confusión que puede sobrevenir, y de hecho sobreviene, entre intención y dolo. Atenta la estructura del artículo 4ª del Código Penal del Estado de Oaxaca, relacionándole con el 5ª del propio ordenamiento, debe decirse que es legalmente incorrecto equiparar la intención pura y simple al dolo, llamado por la ley "intención delictuosa". Del contexto del artículo 5fl se desprende que la no coincidencia entre la intención y el resultado producido no entraña la ausencia de dolo, si es que el sujeto voluntariamente penetró al terreno de la tipicidad, que vale tanto como decir al terreno delictual, entendida la tipicidad en su significado material. En códigos como el últimamente citado, en que no se reconoce la preterintencionalidad como un tercer grado de la culpabilidad, debe sostenerse que si el resultado producido va más allá del que el sujeto quería, tal resultado se reprocha como doloso, no porque concretamente se haya querido, sino porque haya sólo dos caminos para entrar al terreno de la ilicitud típica: • él dolo y la culpa. Si el sujeto penetró a dicho terreno voluntariamente, los resultados que lo sean dentro de una secuela lógico-material se le reprocharán como dolosos, no tanto porque los haya querido concretamente, sino porque violó la prohibición primigenia implícita en todos los tipos de no realizarlos voluntariamente en un terreno de ilicitud. De sostenerse una posición contraria a ésta, se llegaría al absurdo de concluir que en un concurso formal será doloso únicamente el resultado querido y que los demás que se produjeron no son dolosos porque el sujeto no los quería. Lo que es correcto desde el ángulo puramente psicológico, puede no serlo contemplado bajo el prisma legal. Generalmente coinciden intención y resultado, pero su no coincidencia no implica la ausencia de dolo en los sistemas que no comprenden la preterintencionalidad dentro del esquema de la culpabilidad. En tales ordenamientos y el de Oaxaca es uno de ellos-, cuando existe una voluntad inicial de contenido típico, el resultado que se produzca se reprocha como doloso, no porque específicamente se haya querido sino porque se penetró voluntariamente al terreno delictual y es la voluntad de la ley el que quien tal haga, responda de dicha consecuencia que lo fue de una conducta que en sí misma era delictiva."

Amparo directo 2999/73. Ezequiel García Rodríguez. 28 de agosto de 1974. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Séptima Época, Segunda Parte: Volumen 58, pág. 63. Amparo directo 3177/ 73. Enrique Ramos Moreno. 25 de octubre de 1973.

Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 68, Segunda Parte, página 37 *(IUS:* 235807).

"PRETERINTENCIONALIDAD. INEXISTENCIA DE LA. El concepto de violación en el cual la quejosa afirma debió sancionársele con las penas señaladas

para el homicidio preterintencional es infundado. En efecto, el artículo 92 del Código Penal del Distrito Federal precisa, en su último párrafo, que el resultado típico mayor al querido o aceptado por el autor, se atribuye preterintencionalmente cuando se produce por imprudencia, lo que se excluye definitivamente si se tiene en cuenta que la conducta, realizada por la hoy quejosa, de tomar la pistola que el hoy occiso había dejado en el entrepaño del ropero y con ella disparar contra él, cuando éste se dirigía al baño, según se desprende de su confesión inicial, cuyo valor resulta preponderante, revela claramente que hubo en ella representación o previsión del hecho, es decir que tuvo plena conciencia del alcance ilícito de su proceder, por su contrariedad al derecho, no obstante lo cual no se detuvo en su actuar causalmente homicida, lo que pone de relieve su libre determinación de matar. No es exacto, por ello, que la quejosa obrara preterintencionaImente, porque esta forma de actuación precisa que la voluntad no se encamine a la producción del resultado causal obtenido a la consecuencia de la acción u omisión, sino a un daño menor, y que el evento mayor se produzca a virtud de que el autor no actuó de tal manera que el efecto dañoso se limitara al representado y querido, sino por lo contrario, su poder infringió, además, el deber de cuidado que le incumbía para así evitar un daño mayor, en cuyo caso éste le sería imputable a título preterintencional, lo que no ocurrió en la especie, según se tiene dicho, pues obró intencionalmente al tener plena conciencia del hecho típico homicidio y querer libremente dicho evento."

Amparo directo 5795/86. Silvia Elena Alfaro Sánchez. 12 de febrero de 1987. Cinco votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: OIga Estrever Escamilla. Primera Sala, Séptima Parte, Informe de 1987, Segunda Parte, página 36 *(IUS: 386737).*

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

CARRARA, Francisco: *Programa del Curso de Derecho Criminal (Parte Especial),* Buenos Aires, 1945; CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* 20. edición, Editorial Porrúa, México, 1984; CURY, Enrique: *Orientación para el estudio de la Teoría del Delito,* Ediciones Nueva Universidad Católica de Chile. Santiago, 1973; ETCHEBERRY, Alfredo: *Derecho Penal* (Parte General), Gibbs A. Editor, Santiago, 1965; FLORIÁN, Eugenio: *Parte General de Derecho Penal,* La Habana, 1929;JIMÉNEZ DE AsÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal,* Editorial Losada, Buenos Aires, 1962; MAURACH, R.: *Tratado de Derecho Penal,* 11, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962; REYES NAVARRO, Ángel: *La*

preterintencionalidad, Editorial Jus, México, 1949; VILLALOBOS, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano,* Editorial Porrúa, México, 1960.

CAPÍTULO XX

LA INCULPABILIDAD

SUMARIO

l. Concepto.-2. Ignorancia y error.-3. El error de derecho.-4. El error de hecho.-5. El error accidental.-6. El delito putativo.-7. Las eximentes putativas.-8. La no exigibilidad de otra conducta. 9. Casos legales de no exigibilidad.

1. CONCEPTO

Con el nombre de *inculpabilidad* se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología, según expresión de JIMÉNEZ DE ASÚA. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su *aspecto negativo* funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Si consideramos que la *culpabilidad*, como lo hemos dejado expresado con anterioridad, en amplio sentido consiste en un *juicio valorativo* que realiza el juzgador respecto del hecho típico y antijurídico ejecutado por el agente, en directa *relación* con la *exigencia normativa impuesta* en el caso particular, para así determinar la *reprochabilidad* de su proceder, por cuanto podía y debía actuar de manera diferente, fácil es establecer que la *inculpabilidad* radica "en la ausencia de "los elementos necesarios para considerar que, dadas las circunstancias en que el referido hecho se realizó, sea posible fundar la exigibilidad del mandato de la norma infringida y por ello no existe base para considerar *reprochable* el hecho enjuiciado. Como con acierto lo expresa MALO CAMACHO, la *exigibilidad* de la conducta constituye un principio regulador general de la teoría del delito; "si la culpabilidad expresa el autor tiene como fundamento una base puramente normativa individual el reproche de la culpabilidad sobreviene por su mala conciencia individual; sin embargo, si se reconoce, como se ha apuntado, que el problema de la culpabilidad no es determinar la maldad o bondad intrínseca de la persona, sino que su verdadero problema

entronca con el problema de la conciencia social lograda por el sujeto responsable entonces la culpabilidad y reproche que implica, alude al problema del sujeto responsable que actúa dentro de su relación social y no a la maldad o bondad intrínseca, que denota su conducta."

Como por nuestra parte, considerando a la *imputabilidad* una parte esencial de la culpabilidad, a la que nos hemos referido anteriormente, precisando cuáles son las *causas* que excluyen la culpabilidad por no darse en el sujeto la *capacidad* de *culpabilidad*, esto es, las razones que impiden al sujeto *conocer la ilicitud* del hecho o *poderse determinar* en forma espontánea *conforme a dicha comprensión* las cuales estudiamos con la amplitud debida, sólo nos resta considerar como las otras *causas de inculpabilidad,* de carácter genérico:

a) El error, y
b) La no exigibilidad de otra conducta.

2. IGNORANCIA Y ERROR

Tanto la *ignorancia* como el *error* son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el *desconocimiento* total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el *error* consiste en una *idea falsa* o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo. Para los efectos del Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente. "Los dos conceptos se reúnen, pues, en uno sólo y los Códigos suelen hacer uso de la expresión 'error' si bien el derogado Código italiano prefirió decir 'ignorancia' en su artículo 44, acaso más en lo cierto ya que con este concepto general abarca también el del error".[1]

3. EL ERROR DE DERECHO

El error, como género, comprende como especies al error de hecho y al error de derecho, distinción proveniente del Derecho romano y reconocida plenamente en nuestros días. No obstante, en Alemania ha encontrado gran acogida la corriente unificadora representada, entre otros, por BINDING y VON LISZT. Para el primero, el error relevante sólo puede consistir en un hecho de trascendencia jurídica, pues lo inexistente para el Derecho carece de

toda importancia, de lo cual infiérese que el error relevante es necesariamente un error de Dere-

[1] JIMENEZ DE ASUA, La ley y el delito p. 420, 2ª edición, 1954.

cho, resultando dogmáticamente imposible sostener la división entre error de hecho y de Derecho.[2] VON LISZT declara sin importancia para el valor jurídico del error que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto en la ley, descanse sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. "La distinción entre *error de hecho y error de derecho* no encuentra fundamento en la ley".[3]

Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay in culpabilidad, pues *"la ignorancia de las leyes a nadie beneficia ",* principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho. Si como con toda claridad lo señala JIMÉNEZ DE ASÚA, en el caso concreto no concurre el elemento intelectual del dolo (conciencia de la descripción típica y del deber de respeto a la norma), por no existir el conocimiento de los hechos y de su significación, la conducta y su consecuencia no pueden ser dolosas, sin que sea serio alegar "que los casos de ignorancia de derecho son excepcionalísimos y que, cuando se dan, presenten enormes dificultades de prueba. Nosotros no estamos discurriendo dice el conocido autor español- sobre la probabilidad o rareza de esas situaciones, que cada día pueden ser más frecuentes por la complicación y el número de las leyes y por tomar éstas color político o local, harto lejano de universales normas de cultura; ni tampoco nos estamos ocupando de los medios de prueba y de su valor. A la luz del Derecho penal material, nos parece lo dicho harto correcto".[4]

Abandonada mayoritariamente la distinción italiana entre *error de hecho y error de derecho*, por la notoria dificultad de establecer una clara frontera entre ambos errores, ahora se prefiere hablar de *error de tipo y error de prohibición*. La antigua teoría sobre el *error de hecho* y su distinción con el *error de derecho*, en opinión de Enrique CURY, se encuentra obsoleta, en razón de su impracticabilidad, pues en los casos particulares resulta imposible 'trazar un límite' entre los elementos de *hecho y* de *derecho* que integran el delito, especialmente después de la progresiva invasión de los tipos por *elementos normativos.* Por lo demás, las consecuencias que habrían de extraerse de esa distinción serían casi siempre erróneas, cuando no manifiestamente injustas".[5] Comentando el anterior texto del artículo 92, en' su fracción III, del Código Penal del Distrito Federal, en la sexta edición de esta obra afirmamos que el derecho positivo mexicano no reconoció el error de derecho, pues el

precepto aludido establecía una presunción legal

---

2 Véase JIMÉNEZ DE ASÚA. ob. cit., p. 424.

5 Tratado de Derecho Penal. lI, p. 418, 3' edición. Trad. Luís JIMÉNEZ DE ASÚA.

4 Ob. cit., p. 428.

5 Orientación para el estudio de la Teoría del Delito, p. 78. Ediciones Nueva Universidad. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973.

de intencionalidad aunque el acusado probara: *"que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla"*. Razonando a tal fin que la sola enunciación de la hipótesis mostraba que no se estaba frente a un *error de derecho*, pues el sujeto, al creer en la injusticia de la ley o en la moralidad de su violación, La *conocía*, pues únicamente a través de ese conocimiento podía realizar valoraciones sobre ella y el hecho ejecutado o pretender moralmente legitimar su violación, agregando en nuestra argumentación que el propio artículo, en su fracción IV, establecía igual presunción, aunque el acusado probara*: "que creía que era legítimo el fin que se propuso"*. Expusimos, con relación a este precepto, que la creencia sobre la legitimidad del fin propuesto puede derivar del conocimiento de la ley, a pesar del cual la valoración hecha sobre ella no concuerda con su propio contenido, o bien por la ignorancia sobre la regulación del hecho realizado, es decir, *desconocimiento total de la regla de derecho*, siendo en ambos casos la culpabilidad dolosa a virtud de la presunción legal declarada en el precepto. La situación actual ha variado radicalmente, pues el artículo 15, fracción VIII del Código penal federal, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, declara *causa de exclusión del delito* la realización de la acción o de la omisión bajo un estado de *error invencible,* sea qué éste recaiga *"Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal"* (inciso A) o *"Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta"* (inciso B).

Como consecuencia ineludible de tener a la acción final y al dolo inmerso en el tipo, el tratamiento dado por los "finalistas" al error, varía sustancialmente de lo expuesto por la teoría tradicionalista. En efecto, si el *error* del agente recae en la *parte objetiva* del tipo doloso, dicho error excluirá el *tipo del hecho doloso*, dando origen a una indudable *atipicidad* por la eliminación del dolo, si dicho error resulta *inevitable*. "Si el autor yerra sobre la existencia de una característica objetiva del tipo -explica R. MAURACH-, resultará eliminada, por esta falta propia del ámbito subjetivo, la congruencia, requerida para el delito doloso. En la medida del error, resultará suprimido el dolo y, con él, el total tipo concreto del delito doloso", sea que tal error afecte las características del *delito básico*, caso en que se elimina siempre la penalidad de la comisión dolosa, o que el error, simplemente recaiga en las *circunstancias agravantes del*

tipo, error que si bien elimina la *agravación* deja en cambio subsistente el tipo básico (*Tratado de Derecho Penal*, Vol. 1, pp. 336-337). Es claro que aquí se habla de *error de tipo* porque el error, al suprimir el dolo, que forma parte del tipo, suprime igualmente el tipo.

En cuanto al *error de prohibición*, de acuerdo con la postura del finalismo, excluye o suprime el elemento *culpabilidad* al no gravar la situación del autor del hecho, dado que el dolo nada dice sobre la actitud asumida por él *contra* la norma o sobre su *indiferencia* ante la misma. Son distintas las formas que puede asumir el error de prohibición; el error por *desconocimiento del mandato normativo*; el error originado en la creencia del autor de que está *legitimado su proceder*, y el error en que incide al creer que la norma *no le es exigible*, siendo los efectos los mismos en las tres categorías, pues la concurrencia del error de prohibición, cuando es inevitable, conduce a la absolución (R. MAURACH, *Ob. cit.,* Vol. 11, pp. 147-148).

La nueva disposición del artículo 15, fracción VIII del Código Federal reformó en varios aspectos al texto anterior, y la inclusión del error como causa de *exclusión* del delito, provocó la derogación del artículo 50 bis, que en la reforma de 1983, vigente a partir del 13 de abril de 1984, había recogido limitadamente el error de derecho, a prescribir que: *"Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencibles sobré la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se te podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso "*. Al comentar en su oportunidad este texto, ahora desaparecido, dijimos que limitaba el error de derecho (que en estricto rigor es un *error de prohibición*), pues no operaba en la ley como *una circunstancia excluyente de responsabilidad penal*, sino como un caso especial, en el que condicionado su funcionamiento al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto, la ley otorga facultad al juzgador para poder imponer una pena atenuada e inclusive tratamiento en libertad.

La nueva fracción VIII del artículo 15 comprende, como exclusión del delito, tanto el *error de tipo* como el *error de prohibición*, incluyendo en éste el conocido en la doctrina alemana, como error de prohibición *indirecto* o error de permisión. El error de prohibición *directo o error de derecho*, se enmarca en el inciso B de la mencionada fracción y se da cuando el agente realiza la acción o la emisión bajo un error *invencible*, "respecto de la ilicitud de la conducta, ya porque desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma", observándose desde luego el cambio tan notable adoptado por la ley penal al aceptar sin cortapisas y abiertamente dicha clase de

error como causa de *exclusión* del delito, lo que con evidencia es una novedad en nuestro derecho punitivo. La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante *conocer el hecho* que realiza, está ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es

imperfecto. No basta, sin embargo, que el sujeto se encuentre inmerso en el error de no conocer la ley o ignorar su verdadero alcance, para integrar la causal de exclusión del delito: se precisa que dicho error sea *invencible* o insuperable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable.

En el propio inciso B, al que nos venimos refiriendo, se acoge igualmente el llamado *error de permisión*, que algunos autores alemanes ubican como un *error de prohibición indirecto* y que consiste en que el sujeto, al realizar la acción u omisión, se encuentre en un error invencible, por creer que su conducta se encuentra justificada. No resulta ocioso recordar que se estiman como casos de error de derecho o de prohibición los siguientes:

a) Error invencible, por estimarse que el hecho típico ejecutado no está prohibido;

b) Error invencible, por estimarse que el hecho típico, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado a virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia;

c) Error invencible, al considerarse que el hecho típico, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica causa de justificación que en la realidad no concurre.

Si se medita sobre los casos anteriores, se verá que en todos ellos el error recae sobre la *licitud* de la conducta, ya por desconocimiento de la existencia de la ley, por ignorarse su alcance, o bien porque se considere que se procede amparado en una causa que la justifique. La ley mexicana comprende los casos anteriores y excluye en los mismos la culpabilidad del autor por encontrarse éste, al realizar su acción u omisión, en error invencible de derecho o de prohibición.

La moderna doctrina alemana distingue acertadamente entre el llamado *error de tipo permisivo* y el *error de permisión,* considerando que en ambos casos existe exclusión del dolo. En el error de tipo permisivo, señala WESSELS, el autor *conoce el tipo* pero ha creído que en el hecho ejecutado por él interviene una causa de justificación, error que se extiende "sobre los presupuestos de una causa de justificación reconocida" que si existieran justificarían el hecho, como ocurriría en la llamada defensa putativa, aunque

reconoce lo difícil del deslinde entre ambos casos de error. El propio autor señala que el error sobre el permiso (error de permisión) se da cuando el autor desconoce los límites jurídicos de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico (error indirecto de prohibición), errores ambos que de ser evitables no excluyen la culpabilidad por la existencia del dolo (Derecho Penal. Parte General, pp. 135 Y ss. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980). De igual opinión es Claus ROXIN al considerar

que el *error de tipo permisivo* excluye el dolo y que debe distinguirse del *error de permisión* en el que la suposición de una causa de justificación es "absolutamente inexistente", reconociéndole a este error de permisión su carácter de un *error de prohibición*. "Existe un error de permisión -dice ROXIN- en primer lugar cuando alguien invoca una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce ", *Derecho Penal. Parte General*, Tomo 1, pp. 589-590, Editorial Civitas, 1999. Trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y CARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL.

Con toda precisión, el último párrafo de la fracción VIII del artículo 15, declara que: *"Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código "*, precepto éste que, con referencia al error, que hemos calificado como de derecho o de prohibición, lo sanciona con pena de *"hasta una tercera parte del delito que se trate"*.

La legislación local prevé en su artículo 29, fracción VIII, 'tanto al error de tipo como al de prohibición, cuando se *"realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta "*. Si examinamos con acuciosidad las formas insertas en los textos de los códigos penales tanto federal como del Distrito Federal, se caerá en la cuenta de que, salvo una diferencia a lo que haremos referencia de inmediato, en lo demás ambos son idénticos. La diferencia anotada radica en que en el texto del nuevo Código del Distrito Federal, en el concreto *error de tipo* comprendido en el inciso a) del artículo 29 arriba trascrito, se específica que el error invencible debe recaer sobre alguno de los elementos *objetivos* que integran la descripción legal. Como es conocido, múltiples tipos penales comprenden elementos esenciales en las figuras en ellos previstas, que no tienen naturaleza exclusivamente *objetiva* sino también de otra especie, como son los conocidos elementos *normativos* o bien *subjetivos*, referidos los últimos a la *ilicitud* de la conducta (acción u omisión), o a la *culpabilidad* del autor. ¿Por qué entonces se ha limitado el funcionamiento del *error de tipo* a una determinada clase de elementos, si el mismo puede recaer sobre cualquiera otro de naturaleza distinta pero que tiene carácter *esencial*? Ninguna referencia a esta cuestión encontramos en los datos expositivos que fundamentan la iniciativa presentada oportunamente

ante la Asamblea Legislativa, ni tampoco en las deliberaciones llevadas a cabo en el órgano legislativo, por lo que carecemos de elementos de juicio que nos permitan conocer la razón para exigir, legalmente, que el mencionado error de tipo recaiga precisamente,

para excluir el delito, sobre los elementos *objetivos* de la descripción legal del mismo.

4. EL ERROR DE HECHO

El error de hecho se subdivide en *error esencial* y *error accidental* (inesencial).

El error de *hecho esencial* produce *inculpabilidad* en el sujeto cuando es *invencible*, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter *esencial*, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito).

El *error esencial vencible* (aquel en el que el sujeto *pudo* y debió prever el error) excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad.

El *error inesencial o accidental* no es causa de in culpabilidad por recaer sobre los elementos no esenciales, accidentales del delito, o sobre simples circunstancias objetivas, etc., comprendiendo los llamados casos de "aberración" (*aberratio ictus y aberratio in persona*).

Las ideas anteriores se comprenden en el cuadro de la pág. siguiente.

Con referencia al *error de hecho* o *error de tipo*, como igualmente se le denomina, el actual texto del artículo 15, fracción VIII, del Código penal federal, expresa: "*El delito se excluye cuando*: VIII. *Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: A. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal* (…) "

Si bien inicialmente la doctrina consideró que el conocimiento de la ilicitud debía consistir precisamente en la captación de que el hecho ejecutado era típico, lo cual introducía en él la concepción de la tipicidad, ese criterio fue prontamente abandonado. MEZGER se encargó de precisar, primeramente, que la culpabilidad jurídico penal no era culpabilidad en sentido ético sino jurídico, y que el acto de voluntad del autor debe entenderse como "injusto interno, anímicamente enraizado", para después afirmar, al referirse a la responsabilidad dolosa, que actúa de esa manera el que conoce las circunstancias del hecho y la significación de esa acción y ha admitido en su representación el resultado, agregando que tal conocimiento se

refiere a las circunstancias de hecho pertenecientes al tipo penal y como éste "valoriza" el hecho, dándole determinada "significación" que debe ser captada por el dolo del autor, el conocimiento, como elemento intelectual del dolo, comprende tanto el conocimiento de los hechos como el conocimiento de su significación. "Su inversión dice textual -

mente MEZGER- hace surgir el error del agente sobre los hechos y el error respecto a su significación; el contraste entre conocimiento de los hechos (error sobre los hechos) y conocimiento del derecho (error del derecho) concierne sólo a un especial caso del contraste que aquí concebimos de un modo más genérico", De ello se percibe que el agente no sólo debe conocer el hecho, sino fundamentalmente su significación injusta por contraria al ordenamiento jurídico. Aquí entra en juego la consideración de determinar si ese conocimiento debe actualizarse o ser meramente potencial, cuestión a la que no nos referiremos. El error que recae sobre las circunstancias del hecho típico, cuando es insuperable, tiene la virtud de eliminar el dolo. A tal error se le conoce como error de hecho (error de tipo), pero si el mismo no es invencible el agente responderá del hecho típico a título de culpa, si la particular figura admitiese dicha forma de culpabilidad. Cuando el error no recae sobre circunstancias que pertenecen al hecho o tipo legal sino sobre la licitud de la realización de tal hecho, se habla de la existencia de un error de prohibición (error de permisión), que dentro de la clásica distinción entre error de hecho y error de derecho, caería en el ámbito del primero. En tal hipótesis el agente no ignora los elementos del hecho típico, pero inside en el error sobre la licitud de la conducta que realiza.

Cuando la ley, en el artículo y fracción mencionadas, precisa como causa de exclusión del delito el que se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, está consignando el error derecho o error de tipo, como causa impeditiva de la integración del delito, y al agregar que cuando ese error invencible se dé a virtud de que el sujeto crea que está justificada su conducta, recoge igualmente, aunque en inciso diferente de la fracción VIII (B), el error de prohibición indirecto o error de permisión (eximentes putativas). La reforma integral del artículo 15, en sus diversas fracciones, ahora diez, hizo desaparecer por innecesarias las anteriores fracciones VI y VII, la primera referente al miedo grave o temor fundado, y la segunda a la obediencia jerárquica legítima, por tratarse de claros casos de inimputabilidad e in culpabilidad (por error invencible de tipo), ya consignados en las formas genéricas de exclusión del delito en las actuales fracciones VII y VIII del citado precepto.

Con toda firmeza ZAFFARONI declara que el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta y que consiguientemente puede ser tanto error facti como error juris,

repudiando la tradicional clasificación del error. La antijuridicidad puede no comprenderse en una acción: a) Por no comprenderse en forma exigible la norma prohibitiva (error de prohibición directo); b) Porque se supone que hay un precepto permisivo, que no existe, y c) Porque se supone que hay cir-

cunstancias de hecho que de existir justificarían la conducta (error de prohibición indirecto). Cuando el error de prohibición, dice ZAFFARONI, cualquiera que sea su modalidad, es de carácter invencible, tiene como consecuencia la exclusión de la culpabilidad. "La diferencia esencial entre el error de tipo y el de prohibición radica -expresa el autor argentino- en que en el primero el sujeto no sabe "lo que hace", o sea que no realiza una conducta final típica, en tanto en el segundo sabe qué es lo que está haciendo pero no puede motivarse de acuerdo a la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión". Más adelante, el propio autor anota otra diferencia entre ambos errores, la cual hace consistir en que el error de tipo afecta sólo el conocimiento de algo, en tanto el error de prohibición afecta la comprensión de algo. "Son distintos los 'algo', pero tan distintos agrega como el 'que' y el 'cómo': es distinto el objeto y, como resultado de ello, el nexo psíquico que se afecta. La antijuridicidad es un desvalorar que no sólo se conoce, sino que también se comprende. Casi todos los autores de injustos penales se hallan en situación de error de prohibición: el problema penal no es determinar la presencia del error -que prácticamente surge con la comisión del injusto- sino establecer su invencibilidad o vencibilidad jurídica, o sea, la posibilidad exigible de que el sujeto salga del mismo y, además en caso de vencibilidad, su grado o medida, que tendrá una influencia directa sobre el quantum de la pena a través de la indicación del grado de reprobabilidad que implica".[6]

5. EL ERROR ACCIDENTAL

Lo constituyen los casos de aberración, denominados *aberratio ictus* y *aberratio in persona*. En el primero hay una *desviación en el golpe* con

---

[6] *Teoría del Delito,* p. 602, EDIAR editora, Buenos Aires, 1973. STRATENWERT para justificar la sanción no basta que se haya actuado típica y antijurídicamente, ya que el juicio de disvalor implicado en la pena solo se pronuncia cuando además es posible formular un *reproche* al autor, por cuanto éste "ha tenido la posibilidad de determinarse de otra manera, es decir por el deber jurídico", y que la sentencia judicial sólo puede referirse a las condiciones previas de la libertad para determinarse, o sea la forma de capacidad de culpabilidad, conocimiento virtual de la prohibición y exigibilidad, que son los presupuestos de la culpabilidad. En estas condiciones, aunque el autor tenga plena capacidad para comprender la licitud del he. cho, su falta de comprensión puede derivar de otras razones, y por ello "no es posible un reproche de culpabilidad referido a quien, en el momento del hecho, no supo ni pudo saber que su conducta contradecía normas jurídicas (...); el reconocimiento legal

del principio según el cual el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad (y el evitable puede atenuarla), no despeja las dudas que presenta la cuestión. En particular, resultan problemáticas y discutidas las exigencias a la que esta sometido el conocimiento de la prohibición, los presupuestos bajo los cuales el desconocimiento tiene efecto liberador con respecto al autor, así como, por ultimo, la medida de este efecto liberador". *Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 176 a 178. EDERSA, Madrid, 1982, Trad. Gladys ROMERO, de la segunda edición alemana (1976).

causación de un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto. Si "A" dispara su arma contra "B", con *animus necandi*, pero su mala puntería hace que la bala lesione y mate a "C", a quien no se tiene intención de matar, responderá de homicidio doloso, siendo indiferente para la ley que la muerte querida haya recaído en persona distinta; la culpabilidad del agente es plena y el error inesencial en nada varía la subjetividad del hecho imputable, cuestión sobre la cual CARRARA había propugnado el criterio *unitario*, al expresar: "la voluntad del agente estaba dirigida a la muerte de un ciudadano y su brazo la ha producido". En el segundo (*aberratio in persona*), el error no se origina en el acto sino recae sobre la persona debido a errónea representación. En el mismo ejemplo, si "A", queriendo matar a "B", lo confunde con "c" y causa la muerte de éste, existirá un error en la persona, irrelevante para la ley, pues el autor responderá por homicidio doloso.

Algunos autores se ocupan de los casos de aberración (*aberratio*) como especies de *error sobre el objeto* de la acción. Se afirma que si el autor ignora, al ejecutar su acción, alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal, se excluye el dolo; por ello, el *error de tiPo* constituye una causa que impide el conocimiento del sujeto sobre el carácter ilícito de la acción ejecutada, o dicho en otros términos el autor del hecho "*no sabe lo que hace*" desde el punto de vista del derecho punitivo.

En el *error sobre el objeto de la acción* no se excluye el dolo cuando se da *equivalencia típica* entre el objeto de la representación y el objeto atacado, solución diversa en el caso de que falte la aludida equivalencia típica. Así, WESSELS estima que la confusión de los objetos carece de importancia para la punibilidad de quien yerra cuando los objetos son típicamente equivalentes, porque se trata de un *error irrelevante sobre el motivo,* la insignificancia de dicho error depende de la circunstancia de que una acción dolosa "debe ser afirmada *si lo que ha sucedido objetivamente concuerda*, en sus rasgos esenciales, con lo que *debía suceder*, según la representación del autor, en el momento de la ejecución del hecho". En este apartado habría que considerar, dentro del error sobre el objeto, el *error en la ejecución,* por nosotros denominado casos de *aberratio ictus, aberratio in persona*, en los cuales la lesión se produce en objeto diferente a aquel que constituye la materia de la agresión, hipótesis que en el ámbito de doctrina recibe el tratamiento ya señalado líneas antes, pero que algunos no aceptan en su integridad.

Como el dolo debe abarcar igualmente la previsión del curso causal, en su dirección fundamental, es claro que el error puede surgir respecto de ese curso causal, el cual, de ser esencial, impediría la integración del dolo, pero cuando la divergencia entre la relación

causal representada y la que en la realidad se ha producido, no tiene tal carácter, la responsabilidad a título de dolo surge en plenitud. Así sucede, por ejemplo, si el propósito de causar la muerte a otro tiene realización a virtud de circunstancias que concurren en forma accidental en el curso causal.

El artículo 92, fracciones 1 y V del Código Penal, antes de su reforma, establecía que la *presunción* de que un delito es intencional, no se destruirá aunque el acusado pruebe: "I. *Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño...* V. *Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito...* ". Lo anterior nos hizo afirmar, en el pasado, que tanto el *error en el golpe*, como el *error en la persona* se encontraban regulados en el ordenamiento positivo, pero al desaparecer en el texto vigente las presunciones de intencionalidad aludidas, cabe considerar que, de igual manera, los casos de *aberratio* o errores accidentales, no rompen la estructura del dolo y por ello de la culpabilidad, siendo reprochable el hecho. La falta de previsión legal de dichos casos de aberración es irrelevante, pues la actual fórmula de los artículos 82 y 92 permite, dentro del concepto de delito doloso, establecer las mismas consecuencias.

6. DELITO PUTATIVO

No debe confundirse el *delito putativo* con el *error de derecho*, a pesar de tener semejanzas. PORTE PETIT observa que en uno y otro existe un error: "En un caso, creyéndose que la conducta o hecho realizados son delictuosos. En el otro, considerando que la conducta o el hecho no están descritos en la ley como delitos. Cuando se trata de un *error de derecho*, la norma penal tiene existencia, y por el error en que el sujeto se encuentra 'no existe en la mente del mismo'. En el delito putativo, por el contrario, la norma penal no tiene existencia, y por el error en que se encuentra el sujeto, 'existe en la mente' del mismo.[7]

7. LAS EXIMENTES PUTATIVAS

A ellas refiérase JIMÉNEZ DE ASÚA cuando, al tratar sobre los efectos del error en orden a sus condiciones y especies, las incluye dentro del esencial, en tanto éste recae "sobre la existencia de *causas que exclu-*

---

[7] Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 518, México, 1958. Al delito putativo, también denominado delito imaginario o ilusorio (W AHNDELlKT), BINDING lo denominó error al revés. Se trata evidentemente de un error de prohibición al revés, porque en el mismo el sujeto se encuentra en error "sobre el injusto de la acción que realiza"; el sujeto cree, sin fundamento, que la acción realizada es delictiva cuando en realidad no lo es. En tal situación y no existiendo delito alguno, la acción ejecutada no es punible (v. ZAFFARONI, Teoría del Delito, p. 162).

yen la 'pena ", supuesta erróneamente la concurrencia en el hecho de los elementos de una *justificante*, prefiriendo denominarlas "eximentes putativas", en vez de 'Justificantes putativas" como lo hacen los autores alemanes, ya que ambos son términos antitéticos.[8]

Por tales se entiende, dice Fernando CASTELLANOS, *las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo.*[9]

El error también será *esencial* dice SOLER, cuando se crea estar en una *situación justificada*. "En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho integrantes de la figura, pero se determina porque *además*, erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido habrían justificado la conducta. Esos son los casos de *defensa putativa* y, en general, de *justificación putativa."* [10]

Se señalan como eximente putativas:

a) Defensa putativa;
b) Estado de necesidad putativo;
c) Ejercicio de un derecho putativo, y
d) Cumplimiento de un deber putativo.

Sirven de guía, para encontrar el concepto de cada una de tales eximentes, los propios elementos constitutivos de las causas de justificación, a las cuales se agrega el error esencial e invencible en que se encuentra el autor del hecho enjuiciado, respecto a la licitud de su conducta y del resultado causal de ésta. En la *defensa putativa*, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión. En el *estado de necesidad* putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. En el *ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos*, la conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumplimenta. Como en los anteriores casos, el funcionamiento de estas eximentes debe apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

No deben confundirse las *eximentes putativas* con el *error*

de derecho, ya que si bien en ambas situaciones hay disconformidad entre la realidad y la representación, en el segundo el sujeto "cree que su con-

[8] Ob. cit., pp. 429-434.
[9] Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 352-353, 21 edición, 1963.
[10] Derecho Penal Argentino, n, p. 89, Buenos Aires, 1951.

ducta o hecho no son delictuosos por desconocimiento de la existencia de la norma penal o por 'inexacto conocimiento de la misma'; en cambio, en las eximentes putativas, el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma penal sino porque el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como consecuencia de un error de hecho esencial e invencible... ".[11]

8. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Tomando como base el carácter eminentemente *individualizador* del "pensamiento jurídico penal", la concepción *normativa* de la culpabilidad, que hace consistir ésta en el 'Juicio de reprobación", identificado con la propia reprobabilidad del hecho al autor, tratando de escapar a los rígidos moldes del ordenamiento jurídico, incapaces en ocasiones de adaptarse a las extrañas formas de la vida concreta, ha buscado la solución en la llamada "inexigibilidad", que apoyándose primeramente en la culpa, según la construcción normativa de FRANK, ha sido posteriormente extendida, por FREUDENTAHAL, al ámbito del dolo.[12]

Siguiendo, el mencionado criterio individualizador, en el ámbito de la culpa, MEZGER considera que el reproche "tiene su punto de

[11] PORTE PETIT, ob. cit., p. 119. Recordemos que la moderna teoría alemana distingue entre error de tipo y error {fe prohibición; el primero, siendo invencible, recae sobre los elementos constitutivos del tipo penal, en tanto el segundo, según lo tenemos visto, se da cuando el sujeto, por error insuperable considera que el hecho típico ejecutado no está prohibido, ya por no conocer la ley o no conocer el alcance de ésta. El error de prohibición se estima "indirecto" en los casos de suposición errónea sobre la concurrencia, con la acción ejecutada, de una causa de justificación (error sobre el tipo del permiso o error de permisión) excluyéndose la culpabilidad, aunque pudiera concurrir la culpa si ese error fuere vencible o evitable, según el examen particular del hecho. En consecuencia, si acogiéramos la teoría alemana, las eximentes putativas, estimadas tradicionalmente como errores de hecho, caerían dentro del llamado error de prohibición indirecto, pues el mismo recae sobre la antijuricidad del hecho, dado que teni~J1do plena conciencia de que su actuar y la consecuencia causal del mismo es típica, el sujeto cree por error insuperable que le está permitido. Al decir de MAURACH, "si el autor ha apreciado correctamente el hecho, pero ha derivado de él falsas consecuencias en "orden a la autorización a actuar, esto es, si ha concurrido un error sobre 'especie y ámbito de una causa de justificación, (o de una causa de responsabilidad excluida), se aplicarán los principios antes tratados: un error ('error de valoración ') debe ser considerado error de prohibición, con los consiguientes efectos -inculpabilidad de ser inevitable, culpabilidad dolosa atenuada si es evitable-o La práctica ve la necesidad de una tal distinción en la

consideración siguiente. En el error de hecho, el autor es fiel al Derecho', quiere observar la ley; si no cumple sus exigencias es porque desconoce la realidad; también a él se le debe pues aplicar la 'idea básica' del parágrafo 59. Por el contrario, en el error de valoración, confunde lo justo 'por una representación viciosa en el ámbito del deber jurídico', Conforme a la jurisprudencia, el autor está aquí en proximidad mucho mayor que en el error sobre cuestiones de hecho, de conocer la infracción del derecho. Un tal autor merecerá pues la pena correspondiente al obrar doloso, que únicamente podrá ser atenuada en virtud del parágrafo 51, párrafo 2", Tratado de Derecho Penal, ll, p. 141, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, Trad. Juan CÓRDOBA RODA.

[12]Véase a Miguel GARCILÓPEZ: Panorámica *de la Culpabilidad en la Dogmática Penal Contemporánea.* Anuario de Der. Penal y C. C., V. 1, p. 53.

arranque en un enjuiciamiento individual de la situación de hecho y del deber que de ella se deduce para el autor. El reproche a título de culpa sólo puede recaer sobre una infracción del deber individualmente fundamentado, personalmente dirigido. Por ello en lo que concierne a la esfera de la culpabilidad culposa, lo que suministra la comprensión correcta de esta causa de exclusión de la culpabilidad es, más que el problema del enjuiciamiento material de la culpabilidad, el de la separación *de la forma de la culpabilidad de la causa de exclusión de la misma.* Pero esta separación debe ser llevada a cabo en el Derecho positivo".[13]

Las mismas razones de justicia y conveniencia que llevan a aceptar la "no exigibilidad de otra conducta" en la culpa, le parecen a MEZGER aplicables para extenderla al ámbito del dolo, aunque se cuida de advertir que "los puntos de vista obtenidos en el ámbito de la culpa no deben en *modo alguno* ser trasladados *sin más trámite*, al campo del dolo", estableciendo claramente "que la causa de exclusión de la culpabilidad de la no exigibilidad sólo queda reservada a una zona relativamente pequeña de libre apreciación valorativa, y que en lo restante en nada se modifica la índole *positiva de la valoración de los bienes jurídicos* ", lo cual, según se encarga de aclararlo el mismo MEZGER, equivale a afirmar que "la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la causa especial (de exclusión de la culpabilidad) de la no exigibilidad, no tiene por misión alterar las valoraciones derivadas de la *ley* positiva, sino tan solo la de completarlas".[14]

Para concluir en la exposición de la "no exigibilidad", MEZGER estima a ésta como garantía de las *últimas posibilidades* de negar la culpabilidad del autor. El principio de la *valuación de las bienes* y de la *no exigibilidad* constituyen, como lo hace ver JIMENEZ DE ASA, el mayor mérito del autor alemán, al "abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal",15 sobre la ley mas no por *cima del derecho*. De este modo dice el jurista español-, los dos grandes caracteres del delito- la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* - tienen en sus fases negativas: *causas de justificación y causas de in culpabilidad*, dos fórmulas en las que puede refugiarse toda conducta *no antijurídica o no culpable*, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así por el derecho".[16]

Las críticas a la no exigibilidad han sido numerosas. PETROCELLl la estima inoperante por injustificada en el Código italiano, además de señalarle el inconveniente de su aplicación "caso por caso", lo que constituye la negación del derecho mismo. Para

[13] Tratado de Derecho Penal, 11. p. 218, Madrid, 1957. Trad. José Anuro RODRIGUEZ MUÑOZ.

[14] Tratado, 11. p. 222.

[15] JIMÉNEZ DE ASÚA: La ley y el delito, p. 429 Y ss.

[16] Loc. cit.

"inexigibilidad" es una peligrosa vaguedad en el aspecto político criminal, pues podría abrir "ancho portillo al arbitrio judicial", en tanto, en el técnico jurídico, le es igualmente reprochable su naturaleza ambigua "equidistante de la culpabilidad (subjetiva) y de la antijuridicidad material (objetiva).". [17] LUZÓN DOMINGO la estima fundada en los motivos dados en el caso particular, con independencia del dolo o la culpa, "con lo cual, en absoluto ataca o desvirtúa la situación fáctica voluntaria sobre la que se edifica el nexo de causalidad moral, determinante, en último término, de la culpabilidad",[18]

En México se declaran contrarios a ella Ignacio VILLALOBOS y Fernando CASTELLANOS. El primero por cuanto la califica de "oscuro camino de retorno a la doctrina del libre albedrío", considerando que al hablarse de la no exigibilidad "*se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho,* por las cuales resulta humano*, excusable o no punible que la persona* obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial".[19] El segundo, en tanto reconoce, como únicas causas de in culpabilidad, el *error esencial de hecho* y la *coacción sobre la voluntad*, las que a su juicio son capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo.[20]

17 Ob. cit., p. 54. En nota.

18 Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal, p. 445, Barcelona, 1960.

19 Derecho Penal Mexicano, p. 421. Editorial Porrúa, S. A., México, 1960.

20 Ob. cit., p. 254. La misma doctrina alemana reconoce y nosotros con ella, que la no exigibilidad de la conducta prescrita en la norma funciona, en forma supralegal, en casos excepcionales, pues su admisión general daría pie a la inseguridad jurídica. No obstante, el criterio de la "no exigibilidad", como principio regulador, le parece a Johannes WESSELS de una gran significación, "como sucede, sobre todo, en los delitos culposos y misivos en los que ingresa delimitar con precisión el alcance de los deberes de cuidado y

acción (…).

JURISPRUDENCIA[22]

"ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN". El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y es tan así, que antes de efectuarse ésta le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error."

Séptima Época: Amparo directo 2769/84. Fallado el 27 de septiembre de 1984. Cinco votos. Amparo directo 7571/84. Fallado el 10 de enero 1985. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 5744/84. Fallado el 17 de enero de 1985. Cinco votos. Amparo directo 227/85. Fallado el 12 de julio de 1985. Cinco votos. Amparo directo 947/86. Fallado el 6 de octubre de 1986. Cinco votos. Primera Sala, Apéndice 1917-1995, Tomo 11, Primera Parte, tesis 148, página 84 (IUS: 390017). Nota: Igualmente aparece publicada en el Informe 1986, Segunda Parte, tesis 15, página 12. Ahora fracción VIII de Código Penal Federal.

"LENOCINIO. Conforme a los artículos 8º y 9º, de Código Penal del Distrito, los delitos pueden ser intencionales y no intencionales, o de imprudencia, y la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, y si aparece que el acusado de lenocinio tenía autorización oficial, otorgada con anterior' a las reformas que se introdujeron en el artículo 207 del Código penal de la Tesorería del Distrito Federal y la Oficina Federal de Hacienda respetiva, continuaban percibiendo los impuestos se o alados para fundamento de la casa de lenocinio, se tiene que concluir de recto y injusto que el acusado tuvo motivos para incurrir en error, de los hechos que ejecutó

y por ende, no ,habiendo obrado con intención, no puede ser responsable del delito de lenocinio, y la circunstancia de haber acudido al juicio de amparo para evitar que se le perturbara en sus actividades, corrobora que estaba en la

---

[22] El termino jurisprudencia eta empleado de manera impropia, pues no solo se refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente la jurisprudencia.

creencia de la licitud de su negocio; por otra parte, si aparece que las autoridades administrativas pretendieron catear la casa, fijar sellos en las puertas, aunque no hayan expresado de modo determinado que se trataba de una casa de citas, esta omisión no puede destruir la falta de intuición, y siendo ilegales sus actos, procede conceder a los interesados la protección federal.

" Ortega. Carrillo Alicia y con agraviados. 11 de mayo de 1943. Cuatro votos. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXVI, página 3378 (lUS: 307494).

"IGNORANCIA DEL CARÁCTER DEL HECHO DELICTIVO. NO EXCUSA DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY. Es inatendible el argumento que se hace consistir CII que en términos de los artículos 51, 52 Y 69 bis del Código Penal para el Distrito Federal el juzgado pudo apreciar las circunstancias de que 110 hubo intención de cometer el ilícito dado el grave estado de necesidad del amparista y el desconocimiento de que el hecho de la siembra de la semilla era delictiva, pues aparte de que la autoridad responsable sí tomó en cuenta el estado grave de necesidad para establecer la peligrosidad social, atento al principio general de derecho consagrado con el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, la ignorancia de las leyes no excusan de su cumplimiento."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 881/ 85. Fallado el15 de enero de 1986. La publicación no menciona la votación en el asunto. Ponente: Tomás. Enrique Ochoa Miguel. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario judicial de la Federación, Séptima Época , Volúmenes 205-216, Sexta Parte, página 253 (IUS: 247841). Nota: El artículo 69 bis ha sido reformado, por 10 que no corresponde con la actual estructura de dicho numeral, no obstante 10 cual se relaciona COII este artículo debido al análisis que hace del tema.

"ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO. No obstante que a través de la reforma penal del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se dio cabida en forma legal al llamado "error de prohibición directo", 10 que hace al artículo 59 bis del Código Penal Federal, es conceder al delincuente un trato punitivo privilegiado, al facultar al juzgado para imponer "hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trata, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso", y tal circunstancia sólo opera en el caso muy especial de "cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y aislamiento social del sujeto", situaciones que deben quedar plenamente probadas."

Séptima Época: Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervasio Rodríguez y con agraviados. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 10155/84. Martín Urías Zepeda. 3 de junio de 1985. Cinco votos. Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz. 12 de julio de 1985. Cinco votos. Amparo directo 36/86. Aurelio Carda Luna.]4 de abril de 1986. Cinco votos. Amparo directo 76/86. Alcibíades Martínez Corona. 2 de octubre de 1986. Cinco votos. Primera Sala, *Apéndice 1917*1995, Tomo n, Primera Parte, tesis 146, página 82 *(IUS:* 390015). Nota:

Igualmente aparece publicada en el Semanario judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 205-216, Segunda Parte, página 59; y en el Informe de 1986, Segunda Parte,-Primera Sala, página 10.

"ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO. DELITO CONTRA LA SALUD. En la especie se estimó al quejoso responsable del delito contra la salud en la modalidad de transportación de marihuana, porque en el sumario quedó acreditado que transportó diez kilos ochocientos cincuenta y tres gramos de marihuana de un lugar del Estado de Michoacán a la ciudad de Torreón, Coahuila, argumentando en el concepto de violación que en su favor resulta operante el error de prohibición directo que por primera vez ha sido consagrado en nuestra legislación, en el artículo 59 bis del Código Penal Federal, ya que teniendo en cuenta los datos referentes a la personalidad y las circunstancias en que el sujeto activo "se ha desarrollado y ha concurrido en la conducta ilícita... es imposible que un campesino esté al día en cuanto a las leyes que (se) realizan en los grandes centros urbanos, que... no puede comprender el alcance de la ley debido a su extremo atraso cultural y al aislamiento social... y ello basta por (su) lugar de origen y (su) lugar de vecindad para que quede demostrada la hipótesis" de que se trata. Se impone destacar que con la nueva redacción del artículo 9° del ordenamiento jurídico en cita -después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro-, que recoge las formas de obrar intencional, imprudencial y preterintencionalmente, no pretendió el legislador en forma alguna en acabar con el principio general de Derecho de que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, que prevalece en nuestros días, con la excepción consignada en el artículo 59 bis del mencionado Código. Esta disposición limita el error de prohibición como un caso especial que opera condicionado al extremo atraso cultural y al aislamiento social del sujeto activo, otorgando al juzgador la facultad de poder imponer una pena atenuada o inclusive de tratamiento de libertad. En el caso el procesado ninguna prueba aportó a la causa, que sea demostrativa de su aseveración. Además al declarar expuso, entre otros datos. que profesa la religión católica; que está domiciliado en el municipio de Tacámbaro, Michoacán; que sabe leer y escribir por haber cursado hasta el quito o sexto año de instrucción elemental; que es campesino o agricultor; que el transporte del estupefaciente lo realizaba con el objeto de recibir una retribución a título de pago de treinta mil pesos. Asimismo de sus declaraciones aparece que ese transporte lo realizó con sigilo, tratando de eludir la intervención de las autoridades, pues inclusive para ocultar su actividad tomó la precaución de ir separados, en distintos carros de ferrocarril, con el otro sujeto que lo acompañaba en el viaje que hacía, todo

lo cual revela que el sentenciado tenía una clara noción de que el proceder por el cual fue juzgado era ilícito, reprochable jurídicamente, lo que excluye que la hipótesis que se examina lo puede beneficiar, al no quedar probado que a virtud del extremo atraso cultural y aislamiento social, aquella actividad la realizó bajo una situación de error o ignorancia invencibles sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta."

Séptima Época: Amparo directo 11118/84. María Teresa Gervasio Rodríguez y con agraviados. 9 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 10327/84. Agapito Mala Martínez. :\ 1 de mayo <k 1985. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 10 15fi. Fallado el 3 de junio de 1985. Cinco votos. Amparo directo 227/85. Fallado el 12 de junio de 1985. Cinco votos. Amparo directo 76/86. Fallado el 2 de octubre de 1986. Cinco votos. Primera Sala, Apéndice 1917-1995, Tomo 11. Primera Parte, tesis 147, página 83 (IVS: 390016). Aparece igualmente publicada en el Informe de 1986, Segunda Parte, tesis 147, página 83 (IVS: :1900 1 6).

BIBLIOGRAFIA MINIMA

CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrua. 10ª edición, 1976; JIMENEZ DE ASUA, Luis; *La Ley y el delito*, Editorial Hermes, 2ª edición, 1954; LISZT, Franz Von: *Tratado de Derecho Penal,* II, Editorial Reus, Madrid. Trad. Luis JIMENEZ DE ASUA; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Pena*l, II, Madrid, 1957, Trad. Jose Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ; PORTE PETIT , Celestino: *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, Mexico, 1958; SOLER, Sebastian : *Derecho Penal Argentino,* II, Buenos Aires, 1951.

CAPITULO XXI

EL CASO FORTUITO

SUMARIO

1. Concepto.-2. Los criterios subjetivos.
3. El criterio material.-4. La corriente mayoritaria:

1. CONCEPTO

Para CARRARA el casus no sólo comprende el evento originado por las fuerzas físicas de la naturaleza, sino todo aquello que *dependiendo de la acción del hombre se halla Juera de los límites de la humana*, en tanto ALlMENA hace radicar la noción del caso en "la imposible previsibilidad del evento".JIMÉNEZ DE ASÚA" considera que el límite, para la imposición de las penas, se encuentra en lo *incalculable*, es decir, en el caso fortuito.[1]

MANZINI ha sostenido que la fórmula que separa la culpa del dolo radica en la falta de previsión, en tanto aquélla se distingue del "caso" en la imposibilidad de previsión. Para el autor italiano el caso es "toda energía extraña a la voluntad del individuo en cuya esfera de actividad ha ocurrido el evento, la cual ha impedido al individuo mismo llevar a cabo aquella diligencia ordinaria que, de acuerdo con las relaciones de que se trata, habría sido suficiente para ajustarse a un precepto penal, o a otra norma de conducta, de la violación ordinaria de la cual puede surgir responsabilidad penal por las consecuencias requeridas". La noción de MANZINI comprende, por tanto, la idea de una energía causal que sumada a la actividad humana viene a determinar el hecho dañoso.

ANTOLlSEI estima que más allá de la culpa surge el caso fortuito y que por tal no debe entenderse ausencia de causa, pues no existe un solo hecho en el mundo de los fenómenos en el,cual no se opere la ley de la causalidad; surge el fortuito cuando, dándose una relación de causalidad, la acción del hombre interviene en ella para producir el

---

1. La ley y el delito, p. 383, 2ª edición, 1954.

resultado. Por ello, para ANTOLlSEI, el *caso* debe considerarse como una causa de exclusión de la voluntad culpable, pero no de la relación causal. El autor, al buscar la noción del fortuito, concluye en considerar que cuando en la actividad del hombre no se encuentra dolo ni culpa, por no haber querido el resultado ni haberlo causado negligente o imprudentemente, surge el fortuito, sin haber lugar a ningún reproche, ni siquiera de ligereza, con relación al autor del hecho.[2]

2. LOS CRITERIOS SUBJETIVOS

Tanto la definición de MANZINI, como la de ANTOLlSEI, acuden a un criterio eminentemente subjetivo, como es *la ausencia de voluntad* en la acusación del resultado, al no generarse éste ni por intención ni por culpa.

Otros autores, como BETTIOL, consideran que el caso fortuito excluye la integración de la *culpabilidad* en el delito. La fundamentación del caso radica en la "no exigibilidad de otra conducta". Expresa el autor citado que fortuito es "todo lo que supera la previsibilidad del hombre particular, en cuanto la exigibilidad sólo puede referirse al hombre como individualidad psico-fisica y por consiguiente, lo que es fortuito con relación a un individuo, puede ser culposo y aun culpable respecto a otro".

Unos más ven en el caso fortuito una forma de error esencial e invencible, como aspecto negativo de la culpabilidad. Dentro de este criterio, Antonio FERRER SAMA aduce que mientras en la culpa el agente *no ha previsto* las consecuencias de su conducta, en el caso fortuito tales consecuencias *no eran previsibles* y por ello ninguna responsabilidad puede generarse al sujeto en virtud de su falta de previsión.[5]

3. EL CRITERIO MATERIAL

Tratando de ubicar el caso dentro de los aspectos negativos del delito, hay quienes lo estiman una causa de supresión de la conducta y por ello aspecto negativo de ésta. SANTORO niega en el caso fortuito la relación causal material entre la acción humana y el resultado, a virtud de la operación de *concausas* o procesos causales originados anterior, concomitante o posteriormente con la acción de un hombre.[4]

La ausencia de voluntad respecto al resultado, ha llevado a considerar esta

---

[2] .*Manual. di Dirillo PlRale*, pp. 272-275, Milano, 1947.

[3] *Comentarios al Código Penal*, I, p. 212, Murcia, 1946.

[4] Cfr. PANNAIN: *Manuele di Diritto Penale* pp. 1497 Y ss., ed. 1942.

tesis como subjetiva, mas su correcto encuadramiento es de índole esencialmente material.

En México, Raúl LÓPEZ GALLO, apoyándose en parte, en la elaboración de CAVALLO, termina por considerar que en el caso fortuito hay *ausencia de conducta* y que debe reconocerse homogeneidad entre la fuerza mayor, el constreñimiento físico y el caso, para ubicarlos con juntamente dentro de la *vis absoluta,* de lo cual deduce la conveniencia de suprimir la fracción X del artículo 15 del Código Penal.[5]

4. LA CORRIENTE MAYORITARIA

La posición mayoritaria en la doctrina estima el caso como el *límite de la culpabilidad.* Allá donde 'termina la culpa, se afirma, surge el caso fortuito. Si éste queda fuera del ámbito de lo culpable no es posible el juicio de reprobación respecto al hecho y a su autor.

Carecen de todo sentido las tesis que ven en el caso una ausencia de conducta o un aspecto negativo de la culpabilidad, dado que el fortuito adquiera atención del Derecho, no sólo por cuanto en el resultado interviene la actividad del hombre, como lo advirtió claramente MANZINI, sino en tanto dicho resultado no puede conectarse con la violación de un deber cuyo cumplimiento lo hubiera impedido. Al separar nítidamente la causalidad material de la culpabilidad, nada nos impide afirmar la existencia en el caso del proceso causal, por otra parte plenamente reconocido anteriormente por la propia ley, cuando en su reformado artículo 15, fracción X, caracterizaba como una circunstancia excluyente de responsabilidad "*Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas ",* dispositivo en el que consideramos operante el principio de la equivalencia de las condiciones. Descartada la concurrencia del dolo y la culpa, el caso se transforma, como con tino dice Fernando CASTELLANOS, en un problema de metaculpabilidad.[6]

Con toda evidencia, sigue teniendo validez el criterio de la *imprevisibilidad* para construir la noción del "caso". No existe culpabilidad y por ende responsabilidad cuando el resultado dañoso se causa por falta de previsión de lo imprevisible, no existiendo reproche fondable en alguna omisión del sujeto a un deber especial, pues la ley no pone a su cargo la previsión de lo imprevisible.[7]

---

[5] El caso fortuito. Aspecto negativo de la conducta. México, 1957.

[6] Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 339, 2" edición, 1963.

[7] En sentido semejante SAINZ CANTERO, para quien en el caso fortuito entra en forma necesaria una conducta humana que desencadena un proceso causal, en el cual intervienen fuerzas de orden anómalo y de naturaleza imprevisible para el agente y que si bien producen un resul-

Ignacio VILLALOBOS, comentando la antigua fracción X del artículo 15, se pregunta" ¿Cómo demostrar que fue por 'mero accidente'? ¿Puede suceder algo sin causa adecuada? ¿Cuál es la verdadera. causa de esa desviación de la licitud hacia el daño? ¿Bastará que el sujeto afirme que obró sin intención ni imprudencia? Seguramente que no se responde; y entonces, aquella causal necesaria, ajena al actuar de la persona, cuya concurrencia debe demostrarse y que explica el mecanismo de 10 que ha ocurrido,.lo cual a simple vista y sin esa interferencia parece depender del acusado, es *la condición excepcional, la circunstancia o la causa excluyente* de la responsabilidad, y por tanto ningún inconveniente hay en estudiada y considerada de este modo".8 Esta crítica al texto de la ley, como otras apoyadas en la deficiente fórmula adoptada en la desaparecida fracción del artículo 15, son ahora inoperantes por cuanto la actual fracción X del citado artículo, se limita a considerar que el delito se excluye *cuando el resultado típico se produce por caso fortuito*, sin que la ley nos proporcione concepto alguno del mismo.

El nuevo Código Penal del Distrito Federal no incluye al caso fortuito entre las *causas excluyentes* del delito, a las que se refiere el artículo 29, en sus nueve fracciones. En realidad y como 10 hemos explicado, no dándose en el fortuito ni dolo ni culpa por cuanto el hecho típico se ha originado en un acontecimiento imprevisible para el agente, quien ha sido un simple factor causal, se está en presencia de un hecho no imputable ni reprochable y por ello al margen de la aplicación de las normas penales.

JURISPRUDENCIA[9]

"CASO FORTUITO. Si el propio acusado reconoce haber sacado la navaja para amedrentar a la víctima ante las injurias que éste recibía, tal hecho, lejos de demostrar que la lesión se produjo por accidente, justifica la intención del inculpado de causar el daño, originándose éste en un acto ilícito, o cuando menos revela la falta de precaución, circunstancias que hacen inoperante la excluyente de responsabilidad por caso fortuito, la cual tiene lugar cuando el daño se origina por un hecho causal o contingente

---

tado típicamente injusto, este no es producto del querer del sujeto , quien además ni lo pudo prever ni evitar. El mencinado jurista define al caso foruito diciendo que es *"un suceso que se produce en un curso causal irregular, que no rompe sin embargo el vinculo material que lo liga a la conducta del sujeto, y que este no pude pevenir ni evitar aplicando la debida diligencia",* agregando que el fundamento de la exclusión de la responsabilidad reside en la *ausencia de dolo y culpa*, pro lo que el sujeto no puede reprocharsele el injusto típico que a causado. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, p. 711. Tercera edición, editorial Bosch, Barcelona, 1990.

8 *Derecho Penal Mexicano*, p. 414, Editorial Porrua, S: A:; Mexico, 1960.

9 El termino jurisprudencia esta empleado de manera impropia, pues no solo refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a las tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito, con todas las precauciones debidas, extremos que en el caso no se satisfacen."

Amparo directo 4218/60. Fallado el 23 de septiembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XXXIX, Segunda Parte, página 21 (JUS: 261477).

"CASO FORTUITO. La excluyente de responsabilidad que invoca el acusado, con fundamento en la fracción X del artículo 15 del Código Penal, no puede operar en el caso, porque para ello es necesario que el daño se cause por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas, circunstancias que no han quedado plenamente comprobadas."

Amparo directo 4748/60. Fallado el 23 de septiembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XXXIX, Segunda Parte, página 21 (JUS: 261477).

"CASO FORTUITO. Entre los presupuestos de la excluyente de responsabilidad por caso fortuito figura, fundamentalmente, el consistente en que se ejecute un hecho lícito, sin intención ni imprudencia alguna."

Amparo directo 683/60. Fallado el5 de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rod~lfo Chávez S. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XXXVII, Segunda Parte, página 46 (JUS: 261656).

"CASO FORTUITO. El caso fortuito es el límite de la culpabilidad y quien ejecuta un hecho lícito con todas las precauciones debidas, sin intención ni imprudencia y causa un daño por mero accidente, está amparado por la excluyente de responsabilidad prevista en la fracción X del artículo 15 del Código Penal Federal."

Amparo directo 783/59. Fallado ellO de septiembre de 1959. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XXVII, Segunda Parte, página 29 (JUS: 262293).

"CASO FORTUITO. La causa excluyente de incriminación de caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad, y sólo opera con el motivo del daño que se produce no obstante que los hechos que lo determinaron fueron causales, ejecutados sin intención ni imprudencia delictuosa, esto es, en ausencia del elemento moral o subjetivo que debe concurrir en todas las infracciones de índole penal."

Amparo directo 1884/58. Fallado ello de noviembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luís Chico Goerne. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XVII, Segunda Parte, página 51 (JUS: 263294).

"CASO FORTUITO. La esencia del caso fortuito radica en la imprevisibilidad del resultado, y por ello la ley excluye de responsabilidad, ya que no puede exigir que el individuo prevea lo que es humanamente imprevisible. "

Amparo directo 4646/57. Nicolás Ávila Ivón. 18 de marzo de 1958. Cinco votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. Primera Sala, *Semanario judi-*

cial de la Federación, Sexta Época, Volumen IX, Segunda Parte, página 36 (IUS: 264227).

"CASO FORTUITO. La excluyente de caso fortuito exige que el ofendido sea enteramente ajeno al sujeto activo y que éste, a pesar de emplear, toda clase de precauciones, no haya logrado impedir que se verificara el daño."

Amparo directo 2673/57. Fallado el 6 de febrero de 1958. Cinco votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen VIII, Segunda Parte, página 19 (IUS:264306) .

"CASO FORTUITO. El caso fortuito, por su naturaleza, excluye la culpabilidad, ya que en presencia del mismo no existe ni dolo ni culpa, pues de la redacción misma de la fracción X del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, se concluye que para que aquél opere es preciso que la conducta sea lícita, cautelosa, diligente, prudente, puesto que la ley exige que el daño se produzca por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas. "

Amparo directo 4361/56. Fallado el 21 de noviembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José Gonzáles Bustamante. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen V, Segunda Parte, página 27 *(IUS: 264577).*

"CASO FORTUITO COMO EXCLUYENTE. Los requisitos necesarios para que exista el caso fortuito, como eximente de incriminación, son: *a)* Que el acto ejecutado sea lícito, *b)* Que se haya ejecutado con la diligencia debida, esto es, empleando las precauciones racionales que no omiten las personas prudentes y previsoras, y *c)* Que a pesar de ello resulte el mal por mero accidente material no imputable ni dolo ni culpa."

Amparo penal directo 2329/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promoverte. 28 de septiembre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXV, página 2635 *(IUS:* 294308).

"CASO FORTUITO COMO EXCLUYENTE. Para la configuración de la excluyente de responsabilidad consignada por el artículo 15, fracción X, del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, relativa al caso fortuito, es menester que la conducta del acusado haya sido lícita y que éste haya tomado todas las precauciones debidas, considerándose como tales todas aquellas medidas que la prudencia aconseje para evitar que se produzca un daño."

Amparo penal directo 3655/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promoverte. 12 de noviembre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Luís G. Corona. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXVlll, página 515 *(IUS: 296649).*

"CASO FORTUITO, COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Si se acepta que al resbalar el inculpado se produjo un disparo, claramente se configura el caso fortuito, porque el mencionado disparo se causó por mero accidente, sin dolo ni culpa."

Amparo directo 1801/63. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XLV, Segunda Parte, página 23 *(IUS:* 261017).

. "CASO FORTUITO, COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Lo característico del caso fortuito es la presencia de una situación extraña al sujeto que,

juntamente con la conducta de éste, produce el resultado; la exigencia de previsión en relación con el particular, abarca únicamente los resultados de la propia conducta, pues cuando el sujeto actúa licítamele y a virtud de su comportamiento y de situaciones extrañas al mismo se produce un daño, la ley considera que el resultado es imprevisible, fijando así un límite objetivo al deber de previsión cuando el sujeto actúa conforme a derecho; pero si la conducta inicial es antijurídica, y el resultado se produce a virtud de la misma y de situación diversa, entonces el tratamiento penal es del todo distinto y se considera el daño como con causal." Amparo directo 844/52.2 de marzo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luís Chico Goerne. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXVII, página 761 (WS: 293891).

"CASO FORTUITO E IMPRUDENCIA. Si el resultado era 'imprevisible', resulta del todo inútil hablar de culpa y menos aún de grados en ella, pues precisamente la 'imprevisibilidad' del resultado diferencia el caso fortuito, de la culpa. Refiriéndose al caso fortuito, la mayoría de los autores lo precisan .como aquel que se origina, no sólo por las fuerzas de la naturaleza, sino por la acción del hombre, pero el cual se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana, determinando que tanto el 'caso' como la 'fuerza mayor' excluyen la responsabilidad penal, pero existiendo entre ambas situaciones fundamental diferencia, ya que mientras en el 'caso fortuito' existe imposibilidad de prever, en la 'fuerza mayor' existe opresión de la voluntad'.

Amparo directo 532/57. Fallado el 5 de agosto de 1958. 5 votos. Ponente: Luís Chico Goerne. Véanse: Volumen 111, Segunda Parte, página 40 (primera tesis). Volumen IX, Segunda Parte, página 36, (primera tesis). Volumen XII, Segunda Parte, página 32 (segunda tesis). Volumen XIII, Segunda Parte, página 28. Primera Sala, Semanario judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XIV, Segunda Parte, página 58 (IUS: 263706).

"CASO FORTUITO E IMPRUDENCIA. Es sabido que el caso fortuito marca el límite o frontera de la culpabilidad y por ello es capaz de excluir la responsabilidad penal, pues mientras en la culpa el evento debe ser en símismo previsible y evitable, en el caso fortuito no existe posibilidad de preverlo por ser en sí mismo imprevisible."

Amparo directo 6369/57. Fallado el 14 de julio de 1958. 5 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. Véanse Volumen 111, Segunda Parte, página 40 (primera tesis). Volumen IX, Segunda Parte, página 36 (primera tesis). Volumen XII, Segunda Parte, página 32 (segunda, y tercera tesis). Primera Sala, Semanario judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XIII, Segunda Parte, página 28 (IUS: 263839).

"CASO FORTUITO E IMPRUDENCIA (LEGISLACION DE COAHUILA). De acuerdo con el articulo 12, fracción X del código penal de Coahuila , la exclu-

CAPÍTULO XXII

LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTO

SUMARIO

1. concepto.- 2. ¿Elemento o Consecuencia?.-3. Ausencia de propiedad.
4. Las excusas absolutas en el código penal

l. CONCEPTO

Al definir el delito expresamos que un concepto *sustancial* del mismo solo puede obtenerse, dogmáticamente del total jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse *la conducta o el hecho típico, antijurídico , culpable y punible*. Dimos por tanto a la punibilidad, el tratamiento de carácter fundamental.

Desde un punto de vista *formal* el concepto del delito, puede deducirse como lo dejamos precisado antes a la *conducta punible* acto u omisión que sanciona las leyes penales, según lo determina en el artículo 7 del Código Penal Federal, noción desterrada de sus textos por el Código Penal del Distrito Federal.

Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la *amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en la mas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.*

2. ¿ELEMENTO O CONSECUENCIA?

Franz VON LISZT, al definir el delito, lo estima un *acto culpable contra al Derecho y sancionado con una pena,* precisando lo constituyen cuatro caracteres esenciales, siendo el último de dios (sancionado con una pena) el que le otorga su carácter específico. El legislado, aduce, *no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción* (Unrecht), pues de los actos culpables (Delikte) selecciona algunos para formar hechos constitutivos de delitos sancionados *con penas*.[1]

---

1. Tratado de Derecho Penal, II, pp. 263 y 264 3º edición Madrid. Trad. Luís JIMENEZ DE ASUA

BETTIOL se refiere al delito como al *hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelado*s, expresando que la punibilidad es *una nota genérica de todo delito*, dando a la pena el tratamiento de una *consecuencia jurídica del mismo*.[2]

Para CUELLO CALÓN el delito es fundamentalmente *acción punible*, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél.[3]

Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, *el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena*.[4]

Opina en contrario, entre otros, Sebastián SOLER, quien excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales. Para el autor argentino, delito es una *acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir el delito como acto punible* y decir que éste "es un acto antijurídico, culpable y punible, importa incurrir expresa SOLER en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido. Si algún sentido tiene definir el delito, éste consistirá en que la definición pueda guiarnos, para que, cuando los elementos concurran, la pena pueda o deba aplicarse. La construcción en la dogmática jurídica tiene un objeto más práctico que cognitivo. La punibilidad es una consecuencia de la reunión de esos elementos, de modo que toda la tarea sistemática consiste en examinar el contenido de éstos".[5]

Entre los penalistas mexicanos, Fernando CASTELL.ANOS e IGNACIO VILLAL.OBOS sostienen igual punto de vista. Expresa el primero que la

---

[2] Diritto Pénale .Parte Generale P. 139, Palermo , 1945

[3] Dirilto Penal.. Parte Genérale, p. 139, Palermo, 1945.

[4] Derecho Penal, 1, pp. 281 Y ss., 141 edición, Barcelona, 1964. 4 La ley y el delito, p. 458, 2' edición, 1954.

[5] Derecho Penal Argentino, 1, p. 240, Buenos Aires, 1951. Conviene dejar aclarado que el Código Alemán, en su parágrafo 1, usa la expresión Verbrechen (acción punible) para designar al delito en sentido amplio y al crimen, como delito más grave. MEZGER explica que la palabra "delito" significa, ante todo, en Derecho civil, en Derecho penal y en Derecho público la acción prohibida que contradice al Derecho. Por ello, el delito, en sentido amplio, es la acció1l punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Tratado de Derecho, 1, p. 153, Madrid, 1955. Trad. José Anuro RODRIGUEZ Muñoz. En su Derecho Penal, pp. 35 Y ss., Guillermo SAUER, al preguntarse cuándo y en qué medida es punible una conducta humana, considera que tal pregunta determina "si la acción es un delito (en sentido amplio) un delincuente. El problema se le plantea al legislador si se dirige a la creación de tipos legales (por ejemplo asesinal) o de las características generales del delito (por ejemplo dolo, culpa) si, por consiguiente, faja los presupuestos de la pena. El mismo problema ocupa al juez penal en la ,edición de la pt71a (en la teoría siempre. descuidada) su actividad más imponame y difícil que exige una rica experiencia que ha de determinar en el caso concreto la pena 'adecuada' (reclusión de tres años por ejemplo) en especie y medida". SAUER distingue, dentro de una construcción teórica sui gé1leris, entre penalidad y punibilidad, pues mientras la primera es el conju1lto de los presupuestos positivos de la pena según la ley, la segunda (punibilidad) es el conjunto de los presupuestos 1Iormativos de la pena para la ley y la sentencia de acuerdo con las exigencias de la idea del Derecho (la Justicia y el Bien Común). "La punibilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que deben ser realizados en la ley y en la sentencia a fin de que sea sat;.fecha la Idea del Derecho".

punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento con cuanto al segundo, porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral dado que la imposición de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo. "Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sanciona penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablcll1cnte, mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles".[6] El segundo se encarga de hacer hincapié en que el delito *es oposición al orden jurídico,* tanto objetiva (antijuricidad) como subjetiva(culpabilidad), mientras la pena es la *reacción de la Sociedad* y por ello externa a aquel, constituyendo su *consecuencia ordinaria*, terminando pro afirmar que *un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque no es punible*, invocado con SILVELA la existencia de *delitos no punibles* conforme a la ley, cuando esta otorga una excusa absolutoria.[7]

El Derecho penal, ordenamiento jurídico que se ocupa del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad, constituye el objeto de la Ciencia del Derecho penal. Por este motivo algunos anteproyectos y códigos elaborados recientemente en nuestro país, han suprimido su definición sin que, como observa CASTELLANOS, su eliminación ocasione alteraciones substanciales de sistema.

El concepto del delito contenido en el artículo 7, fue criticado en cuanto no destacó la totalidad de los caracteres que lo forman, esti-

---

[6] la punibilidad y su ausiencia . Criminalia, p. 415, XXVI, Mexico. 1960.

[7] Derecho Penal Mexicano, pp. 203-204, Editorial Porrua, S. A., Mexico , 1960.

[8] Se puede citar, en primer termino , el el redactado en el año de 1949 por Luis GARRIDO, Raul CARRARA y TRUJILLO, Celestino PORTE PETIT, Francisco ARGÜELLES y Gilberto SUAREZ ARVIZU, que tanto elogios a merecido de la critica nacional y extranjera, asi como el elaborado en el año de 1958 por la Comosion de Estudios Penales de la Procuraduria General de la Republica, integrada por Celestino PORTE PETIT, Francisco PAVON VASCONSELOS, Ricardo FRANCO GUZMAN y Manuel DEL RIO GOVEA.

mandose por ello insuficiente. No obstante, tal definición precisó el carácter fundamental, *específico*, que separa el delito de otras infracciones sancionables. Al estudiar los elementos antijuridicidad y culpabilidad, hemos puesto de relieve su identidad en otros actos injustos, contrarios o en oposición al Derecho, subrayando que no se trata de elementos exclusivos del delito. Así, al tratar de la *unidad de lo antijurídico*, concluimos en el sentido de que "la antijuridicidad es *única e indivisible*" y no existe un injusto específicamente penal, por más que se le pueda referir al concreto campo del Derecho penal.

La Teoría General del Derecho se ha encargado de precisar la diferencia fundamental entre el Derecho y otros órdenes normativos, pues mientras lo común en ellos es la noción de *obligación* (Derecho y Moral), la norma jurídica surge en cuanto el incumplimiento del deber prescrito se relaciona a un acto coactivo del Estado que la dicta. Por esta razón KELSEN considera inexistente una *obligación jurídica* de conducirse en determinada forma si no hay norma que estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Puede suceder que por omisión del legislador no se establezca un acto coactivo para sancionar una determinada conducta, contraria a la prescrita en la norma, en cuyo caso no existe *obligación jurídica* de acatar el mandato. "Sin duda dice KELSEN, el acto del \legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica ".9

Ahora bien, si todo el Derecho es un orden coactivo lo ¿cuál es la diferencia *específica* entre las normas de Derecho Penal y las de otros Derechos? No siendo lo injusto ni lo culpable características distintivas, según lo hemos afirmado, sólo dos notas, la tipicidad y la punibilidad concretizan y diferencian la norma penal de otras. A ellas aludióla definición del artículo 711; delito *es el acto u omisión que sancionan las leyes penales,* pues únicamente es *punible lo descrito* por estas leyes.

Es innegable que el ordenamiento jurídico, integrante del Derecho Penal, se forma con distintas clases de normas: unas describen conductas o hechos a los cuales se asocia la amenaza de una sanción penal (pena), mientras otras establecen prevenciones generales tendien-

---

[9]. Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho, p. 80, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960. Trad. Moises NILVE.

[10] .Si la coacción no fuera un elemento esencial de Derecho expresa Kelsen no sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquéllas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter.

tes a la aplicación o inaplicación de las primeras. Estas crean delitos y se integran mediante *el precepto y la sanción*. A través del precepto se dirige *un mandato o una prohibición* a los particulares destinatarios de ellas, estatuyéndose *deberes de obrar o de abstenerse* cuya exigencia es posible en virtud de la coacción derivada de la sanción integrante de las normas de este tipo. La *obligación jurídica* de cumplir con el deber impuesto, sólo es debida a la amenaza de sanción a la contraria impone la propia norma.

Por esta razón, como hemos venido sosteniendo en la cátedra con absoluto convencimiento la norma que pretende imponer una obligación, a través de un mándalo o una prohibición, sin ligar a ellos la amenaza de una pena (sanción penal), pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa. Preténdese refutar el anterior argumento afirmando que aun cuando se admitiera la necesidad de la sanción para integrar la norma jurídico penal primaria, ello no conduce a considerar esencial la punibilidad en el delito, pues éste no se identifica con la norma.[11]

Es cierto que el delito, como una conducta o hecho dados en mundo fáctico no se identifica con la norma jurídica que prescribe determinado proceder humano, pero a nuestro juicio resulta incontrovertible que la conducta prohibida ha sido *determinada por el derecho* y éste constituye la razón de ser del delito como suceso, pues los actos de los hombres muestran en tal caso inconformidad con aquí cayendo por ello bajo el campo de regulación de sus normas. Quien mata injusta y culpablemente a un semejante; quien se apodera injustamente de la cosa ajena, realiza actos condicionantes de la pena, por cuanto las normas que sancionan el matar y el robar establecen una relación entre la conducta o hecho previsto y el acto coactivo del Estado. Decir que *la pena es la consecuencia del delito* es del todo correcto, pero no debe confundírsela con la punibilidad, elemento constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la *obligatio juris*. En consecuencia, negamos la existencia de *delitos no punibles*, expresión equívoca con la cual se pretende, entre otros argumentos, hacer valer el punto de vista negativo del carácter esencial de la punibilidad en el delito. Es la expresión, atribuida a Luís SILVELA (*El Derecho Penal estudiado su principios y en la legislación vigente en España*) tiene su fundamento en la tesis sustentada por el autor respecto a la noción del delito conforme al Código español de 1870, según lo observa José Arturo Rodríguez Muñoz, comentarista del Tratado de MEZGER, pues el artículo 8 de ese ordenamiento, que describía las eximentes, expresaba en su encabezado: "No delinquen y, por consiguiente, están exentos de responsabilidad penal", mientras las excusas absolutorias a las cuales SILVELA se

[11] Cfr. Fernando CASTELLANOS: Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p 132, nota 12, 10ª edición, 1976. La punibilidad y su ausencia, p. 415, Criimnalia, XXVI, 1960.

de ausencia de punibilidad cuando, realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales, dada la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador, por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variada índole, excusa de pena al autor. "Así entendida, la ausencia de punibilidad opera cuando el ordenamiento jurídico establece de manera expresa excusas absolutorias". [14]

4. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CÓDIGO PENAL

Se han considerado, con la denominación genérica de "excusas absolutorias", los casos comprendidos en los artículos 138, 151,280, fracción n, párrafo segundo, 375 y 400, fracción V, segundo párrafo, del Código Penal Federal, a pesar de que algunos de ellos no pueden estimarse, en rigor técnico como auténticas causas de impunidad, o por mejor decir *excusas absolutorias.* Examinemos a continuación dichos casos para precisar su verdadera naturaleza:

a) El artículo 138, ubicado dentro del capítulo 1 (Rebelión) del título segundo del libro segundo del Código Penal Federal (Delitos contra la Seguridad de la Nación) declara impune a quienes habiendo tomado parte en una rebelión "depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubieren cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior".

El precepto cita, a pesar de lo que se diga en contrario, consagra una auténtica *excusa absolutoria* que elimina la punibilidad del hecho, *anulando su carácter delictuoso*, Se razona que en este caso es clara la existencia del delito, pues la remisión de la pena deja viva la configuración del hecho de alzarse en armas contra el Gobierno de la República con los fines específicos exigidos por la ley. Ciertamente la conducta del sujeto se ajusta en todo a la descripción de la misma hecha por la ley y por ello resulta *típica*; es verdad asimismo que siendo objetivamente contradictoria a los fines del Derecho es indudable su *antijuridicidad* y, en último término, habiendo el autor plenamente capaz representado la conducta injusta y ejecutándola voluntariamente, ha procedido en forma *culpable*, pero de igual modo no es menos cierto que para la ley el hecho de deponer las armas, antes de ser tomado prisionero (siempre que no se haya cometido alguno de los delitos de homicidio, robo, secuestro, despojo, incendio, saqueo u otros delitos para hacer triunfar la rebelión), quita su carácter. delictivo a la conducta mediante la supresión de la amenaza de la pena, con lo que se pretende, indudablemente, hacer abandonar al rebelde-

---

[14] La punibilidad y su ausencia. Criminalia, p. 417, XXVI, 1960

su propósito ilícito. El *arrepentimiento* constituye, a nuestro entender, el fundamento de esta excusa.[15]

b) El artículo 151 establece una excepción respecto al funcionamiento de la pena prevista en el artículo 150 (al que: favoreciera la evasión de algún arraigado, detenido, procesado o condenado) tratándose de los *ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por unidad hasta el segundo grado*, "pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan sido a consecuencia de la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas".

Esta situación no integra propiamente una excusa absolutoria sino una "no exigibilidad de otra conducta" y es causa de *inculpabilidad* al suprimir el delito por ausencia de su elemento subjetivo.

c) El artículo 280, fracción II no declara delictuosa la conducta de quien "oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consocia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia. *En este caso no se aplicará sanción a los ascendiente, conyugue o hermanos del responsable del homicidio".*

Esta supuesta excusa consagra la impunidad del encubrimiento (favorecimiento personal) cuando lo realizan los parientes máximos próximos, como lo son los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del homicida. Las razones que fundamentan la impunidad hemos de identificarlas con las reguladoras de los artículos 400, fracción V y 151. Con apoyo en ellas es preciso declarar la inexistencia del delito por *inexigibilidad de otra conducta*, originante de una *causa de inculpabilidad* del hecho típico y antijurídico.

d) El artículo 148 del Código Penal del Distrito Federal, declara: "*No se impondrá sanción* .IV. *Que sea resultado* (aborto) *de una conducta culposa de la mujer embarazada*", concepto que recogía auténtica excusa absolutoria al eximir de pena el resultado del producto, cuando éste es consecuencia de la conducta imprudente o negligente de la propia mujer embarazada.

El origen de la excusa debemos encontrarlo en el hecho innegable de que es la propia mujer la primera el lamentar, en la mayor a los casos, la frustración de sus esperanzas de maternidad. Agregar tal dolor el escándalo y la vergüenza de un proceso y de la aplicación de una pena, resultaría no sólo injusto sino aberrante.

e) El mismo artículo 148 del ordenamiento punitivo local, decora impune el aborto cuando "*el embarazo sea resultado de una violación o*

---

[15] JIMENEZ DE ASUA, al examinar la exención de la pena al sublevado, que no siendo jefe, deponga las armas La primera intimidación de la autoridad publica, o sea parte de las revueltas, lo considera un caso en donde el arrepentimiento obra como causa eximente de pena. Razonando que la culpabilidad no puede ser subsequens por existir coetáneamente a la acción, considera que no puede el arrepentimiento estimarse una causa de la inculpabilidad, concluyendo que no tiene más lugar sistemático que el de una causa de impunidad. Ob. cit. p. 469.

inseminación artificial (...)" realizadas sin consentimiento de la mujer *mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una mujer menor de edad o de una incapaz de comprender el significado del hecho o para resistirla*. Es del todo claro que si el acto sexual o la inseminación artificial fue impuesta violentamente o sin consentimiento o por las situaciones expuestas en la ley, vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la ley penal por constituir un bien jurídico motivo de tutela, no puede exigírsele la aceptación de una maternidad no querida ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de ese orden. Se sabe comúnmente que en el aborto por "causas sentimentales" se reconoce una *inexigibilidad* de otra conducta y por tanto una *causa de in culpabilidad*.

VILLALOBOS considera necesario, para una correcta estimación de cada suceso, conceder a los tribunales arbitrio para perdonar el hecho únicamente cuando estimen, en virtud de los antecedentes, circunstancias y peculiaridades del acontecimiento, que sería tanto humana como culturalmente excesivo exigir otra conducta de parte de la acusada. Generalizar y consentir el aborto en todo caso en que el embarazo sea resultado de una violación conduce a pensar, dice el maestro mexicano, que el aborto en esas condiciones es un derecho y no en realidad un "delito excusable", I6 expresión ésta justificada, en la posición de VILLALOBOS, que ve en la punibilidad una consecuencia del delito y no uno de sus elementos constitutivos.

f) Como caso excepcional, el artículo 349 del Código de 1931, en su texto original, facultaba al Juez de la causa, al tratarse de *injurias recíprocas*, para declarar exentas de pena a las partes, a alguna de ellas o para exigirles caución de no ofender. En este dispositivo pretendióse ver la operan del perdón judicial, pero su fundamento debimos encontrarlo en la remisión de la pena que la ley subordinaba a un razonado arbitrio judicial. Esta *excusa absolutoria* condicionada fue dictada en razón del daño mínimo que implicaba en los autores las expresiones, acciones u ofensas constitutivas del hecho ilícito y culpable, cuando las mismas fueran recíprocas. Dicha disposición fue derogada.

g) Genuina *excusa absolutoria* es la consignada en el artículo 375 del código federal, *"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.*[17]

---

[16] *Ob. cit.*, p. 425.

[17] El término delito, usado en el texto del artículo: "antes de que la autoridad 101de conocimiento del delito... "está considerado no en su expresión o significación jurídica conceptual, ya que con él se alude a los elementos descriptivos delito de robo.

En el presente caso, el agente se *arrepiente* de la conducta ilícita ejecutada y devuelve no sólo lo robado sino paga además los daños y perjuicios causados antes de que la autoridad tome conocimiento de hecho. Tanto el *arrepentimiento* como la ausencia de los medios violentos en la comisión del apoderamiento ilícito de la cosa, revelan ausencia absoluta de "peligrosidad", siendo esta la razón de política criminal que llevó al legislador a establecer la citada excusa.

h) El artículo 400, fracción Y, segundo párrafo y siguientes declara que *no se aplicará la pena* prevista en dicho artículo, en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: "a) *los ascendientes y descendientes consanguíneos u afines;* b) *El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colateral por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo*; y c) *Los que estén ligados con el delincuente por mutuo respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles".*

Al comentar dispositivo similar, entonces comprendido en la fracción IX del artículo 15 del Código, desaparecido posteriormente, CARRANCÁ VTRUJILLO expresó su opinión en el sentido de que contenía *una excusa absolutoria* en razón tanto de los *móviles afectivos revelados* como de la ausencia de medios delictuosos, proclamando que en esta, como en las otras excusas de idéntica naturaleza a las que se refería, no hay terribilidad alguna en el sujeto, pues el móvil que lo guía es respetable y noble, argumentando con su elegancia característica que "las relaciones de familia, los lazos de sangre, la comunidad del nombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí al mismo tiempo que el respeto a la opinión Publica, que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o a las que ama y respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena, pues si la familia es una amistad de la 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".[18]

Afiliados a la concepción normativa de la culpabilidad y estimando causa genérica de su aspecto negativo a la *no exigibilidad de otra conducta*, consideramos el encubrimiento entre parientes o allegados como una especie subsumible en ella. El delito no se integra por falta de *culpabilidad*, pues el sujeto, como lo ha destacado CARRANCÁ y TRUJILLO obra a virtud del afecto por lazos de sangre o de espíritu que la ley no ignora, sin que en tal situación pueda normativamente erigírsele un proceder diverso. Esta especie del encubrimiento constituye, a un no dudarlo, una conducta típica y objetivamente antijurídica, mas no culpable.

---

[18] Derecho Penal Mexicano, 11, p. 112,3ª edición, 1950.

CAPÍTULO XXIII

LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

SUMARIO

l. Consideraciones generales-2. Las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones objetivas de procedibilidad-3. Las diferencias entre unas y otras condiciones-4. Las condiciones objetivas de punibilidad propias y las impropias-5. Conclusiones.

1. La existencia misma de las *"condiciones objetivas de punibilidad"* ha sido materia de amplio debate en la doctrina penal, pues mientras unos la niegan otros la afirman con convicción, otorgándole un lugar destacado en la dogmática del delito. Todo lo relacionado con ellas es motivo de controversia e incluso su concepto y la función que desempeñan es objeto de investigación en el momento actual de la dogmática penal, aunque en algunos países se le acepte al parecer mayoritariamente como ocurre; por ejemplo, en Alemania, Italia y España. Se ha venido sosteniendo, en la doctrina, que con independencia de los diversos elementos que conforman el tipo penal, sean sólo objetivos, normativos o subjetivos, la ley en ocasiones subordina la operancia de la pena a la satisfacción o cumplimiento de-determinados requisitos de variada índole cuya naturaleza se ha particularizado como *objetiva* y jurídicamente *extrínsecos* a la acción.

Primeramente BINDING y después Von LISZT, el primero con su *Die Normen* y el segundo en su *Lehrbuch,* al comentar preceptos del Código Penal alemán (1871), observaron que en algunos casos el legislador ha *subordinado* la efectividad de la pena a la existencia de algunas circunstancias *'externas* que si bien se agregan al tipo penal son independientes del mismo y nada tienen que ver con el acto punible y sus elementos constitutivos, por lo que deben ser considerados separadamente de éstos, por tratarse de *características ajenas* al tipo penal.

En Argentina Sebastián SOLER puso énfasis en el fenómeno de que en ciertas figuras delictivas se encuentran agregados no referidos a los elementos básicos de las mismas; lo que ocurre, en su decir, es porque la ley, además de los elementos comunes, incluye" en la figura determi

nadas circunstancias exteriores "que actúan como condiciones objetivas de punibilidad", o bien porque la misma ley "se niega" a ser aplicada en ciertos casos por razones extrañas a la pura ilicitud culpable de la acción: excusas absolutorias.[1]

Esas ideas han llevado a Ciertos autores de habla castellana, como MARTÍNEZ PÉREZ, entre otros, a distinguir las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* en propio sentido de las consideradas condiciones objetivas *impropias,* aunque COBO y VIVES prefieren denominadas *"situaciones típicas anómalas* ", al estimar que en las condiciones *propias,* dándose los elementos objetivos y subjetivos del delito, es decir, acción, antijurídica (o ilicitud)de la misma y culpabilidad en el autor, la ley condiciona la imposición de la pena a una determinada circunstancia que debe satisfacerse previamente. En las condiciones *impropias* no ocurre lo mismo, al quedar la aplicación de la pena vinculada a ciertos elementos, como pudieran ser la *ilicitud* de la acción o la *culpabilidad* del agente: En estas condiciones *impropias,* los tipos penales contienen circunstancias de las que no exige necesariamente sean abarcadas por el dolo del autor.[2]

La designación dada a tales *condiciones* sirve de pauta para encontrar con mayor convicción el alcance de su significado. En efecto, en términos generales puede afirmarse que dichas condiciones constituyen verdaderos *presupuestos de la pena* y su carácter *objetivo* elimina toda vinculación con elementos *subjetivos* referidos a la *ilicitud* de la acción o a la *culpabilidad* del autor.

La primera reserva que debemos hacer es señalar la *diversa naturaleza y función de las condiciones objetivas propias o auténticas,* que constituyen *presupuestos* de la pena, respecto de ciertas exigencias legales de orden estrictamente procesal y de cuya satisfacción depende la persecución de determinados delitos, exigencias a las cuales la doctrina ha considerado como *condiciones objetivas de procedibilidad.*

2. Es en el terreno de las verdaderas o auténticas condiciones *objetivas* de punibilidad *(condiciones propias),* en el que se puede plantear la cuestión de la diferencia fundamental entre ellas y los llamados *presupuestos o requisitos procesales* (condiciones objetivas de *procedibilidad),* pues trátese de unas o de otras resulta trascendente destacar que *no influyen en la perfección del hecho delictivo que reúne todos sus elementos,* ni en su gravedad punitiva, saltando a la vista que las condiciones objetivas de *punibilidad no constituyen parte del hecho que ya por sí reúne sus características de ser antijurídico y culpable.*

I *Derecho Penal Argentino.* Vol. 11, pp. 202-203 T.E.A. Buenos Aires, 1951. Primera Reimpresión.

2 V. COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTON, T. S. *Derecho Penal. Parte General,* p. 296, Segunda edición, Valencia, 1987

Lo expresado, que pudiera parecer indiscutible no es, sin embargo, de aceptación unánime. Para algunos es cuestionable si las mencionadas *condiciones objetivas de punibilidad* son elementos extraños al delito, ya que pareciera por lo contrario estarse frente a un *elemento* del mismo, por más que su carácter excepcional pudiera reprobar la inserción. De las mismas en una definición dogmática del delito. JIMÉNEZ DE ASÚA, a quien siempre admiramos, vio en el un *acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella,*[3] aclarando que se mencionan *eventualmente* a las citadas condiciones p0r ser "excepcionales en alto grado y por ello en' esa forma pueden ser incluidas en una definición del delito que aspira a ser general de las específicas figuras delictivas que se describen en la parte especial del Código (...)" [4]

La cuestión de aceptar o no que las mencionadas *condiciones objetivas* de punibilidad son un *elemento* del delito, o bien circunstancias *extrínsecas* a él y por ello de carácter meramente "suplementario", parece radicar en el concepto que se acepte sobre el *tipo.* De aceptarse que éste se identifica en forma absoluta con el delito, nada extraño tendría considerar a las referidas condiciones como elementos de un particular tipo considerado, que insertara en su descripción la exigencia de determinada condición para hacer operar su punibilidad. Pero si se desecha tal posición, la condición objetiva de punibilidad resultaría *extrínseca* al delito y en nada modificaría a éste, ya dado en la realidad.

3. La moderna dogmática, que acepta lo anterior tratándose de las consideradas *auténticas* condiciones objetivas de punibilidad, les otorga a éstas un carácter jurídico *material,* en tanto a las condiciones o requisitos de procedibilidad les reconoce naturaleza jurídica *formal,* siendo por otra parte diversos los efectos que producen unas y otras. Mientras las *condiciones objetivas* de punibilidad son de orden jurídico *sustantivo* porque pertenecen al Derecho sustantivo penal, las condiciones o requisitos de procedibilidad son de carácter *procesal* y pertenecen al ámbito *jurídico procesal.* Por otra parte, las primeras deben concurrir para que el hecho típico, antijurídico y culpable sea *punible,* en tanto las segundas tienen influencia decisiva para la *persecución* del delito.

La segunda reserva que estamos obligados a destacar es la diferencia existente entre las condiciones objetivas de punibilidad y las por algunos denominadas *excusas absolutorias o causas personales de exclu*

---

3 *Tratado de Derecho Penal,* Vol. III, p. 63, tercera edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1965.

4 *Loc. cit.*

sión de la pena, pues si bien ambas tienen ciertas características comunes, se distinguen perfectamente para sus *efectos.* Las condiciones objetivas de punibilidad, como se ha destacado, constituyen circunstancias de *exclusión de la pena* de orden material-sustantivo y su ausencia elimina la punibilidad del hecho delictivo para *todo el mundo* a pesar del carácter antijurídico y culpable del hecho realizado. Las *excusas absolutorias* son causas estrictamente *personales* que excluyen las penas al reunir las condiciones que la ley señala, pero no para el resto de quienes intervengan en el delito o delitos cometidos. En el derecho punitivo mexicano constituyen *causas personales* excluyentes de la pena las hipótesis de *encubrimiento 'previstas* en las fracciones III y IV del artículo 400 del Código penal Federal, cuando los autores del hecho sean los ascendientes y descendientes o afines del responsable de un delito; el cónyuge, la concubina, él concubinario y los parientes colaterales por *consanguinidad* hasta el cuarto grado, y por *afinidad* hasta el segundo del mismo, y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles, en los casos en que se oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los objetos o instrumentos del mismo, o se impida que se investigue.'

Por su naturaleza, las condiciones objetivas de punibilidad *propias* o *auténticas* no pertenecen al ámbito de la ilicitud ni de la culpabilidad, al presuponer en el hecho la *concurrencia de ambas características del delito.* Se les ubica por ello más allá de la culpabilidad, ya que siendo considerados como *presupuestos* de la punibilidad integran una categoría aparte en la que nada se opone a incluir, según nuestro entender, a las *causas personales* de exclusión de la pena, a las que anteriormente hemos hecho referencia.

De todo lo dicho queda claro que, como la doctrina alemana lo ha puntualizado, la consumación de un delito determinado constituye una situación que se origina con total independencia de la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad. Dicho en otros términos, un delito puede consumarse con independencia de que el mismo no pueda sancionarse mientras no se cumpla la condición o presupuesto de la pena. Las condiciones objetivas de punibilidad, afirma H.H. JESCHECK, son circunstancias en relación inmediato con e! hecho "pero que *no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad"* y constituyen presupuestos materiales de la punibilidad, y para clarificar la cuestión considera que solamente puede obtenerse "una imagen correcta" de su función, distinguiendo grupos de casos, procediendo de inmediato a distinguir las condiciones de punibilidad *propias,* consideradas por él como *"puras causas de restricción de la pena* ", de las condiciones de punibilidad *impropias,* que constituyen *"causas de agra*

vación encubiertas", y que pertenecen, esto es lo importante de la distinción, al *tipo de injusto,* "pero que formalmente se hallan configuradas como condiciones de punibilidad porque el legislador quiere sustraerlas de la exigencia del dolo o de la imprudencia", agregando _que materialmente "encierran restricciones del principio de culpabilidad por razones político-criminales".[5]

En la doctrina penal española se ha señalado como ejemplo de condición objetiva de punibilidad la del artículo 137 del Código penal, por cuanto la aplicación de la grave pena que entraña al atentar contra el jefe de un Estado extranjero se condiciona a que existe un tratamiento punitivo *recíproco* en la ley del país de origen del ofendido. Igual ocurre en la doctrina alemana, y JESCHECK ejemplifica diciendo que los Estados extranjeros sólo se hallan protegidos frente a agresiones conforme a los parágrafos 102 y ss. "si las existencias de relaciones diplomáticas y la observancia de la reciprocidad garantizan un mínimo contacto político y jurídico internacional, ya que de otro modo 'la pena carecería de sentido político-criminal".[6]

La conclusión obligada respecto a las condiciones objetivas "propias" es la de que, como el mismo JESCHECK lo propala, constituyen *"puras causas de restricción de la pena* ", por lo cual no pueden ser objetadas desde el punto de vista del principio de culpabilidad por las razones que expusimos anteriormente. Las condiciones de punibilidad *impropias* constituyen o bien *causas de agravación encubiertas,* cuya esencia pertenece al injusto (tipo injusto) formalmente configuradas como condiciones de punibilidad según las razones ya señaladas en el párrafo anterior, o no son más que *"circunstancias del hecho enmascaradas que fundamentan la pena"* y que por razones político-criminales han sido separadas formalmente de las esferas de injusto y culpabilidad. En el primer caso, JESCHECK refiérese al delito de embriaguez plena, cuya razón de punibilidad radica en el dolo o la imprudencia de la misma, pero la gravedad de la conminación penal sólo se explica "por el *contenido adicional de injusto"* que conlleva el hecho y no por la peligrosidad abstracta de la embriaguez, en tanto en el segundo caso señala la punibilidad de la difamación aunque el difamador haya creído la verdad de su manifestación.

Para el autor que comentamos, las, objeciones en contra de las condiciones objetivas de punibilidad desde el punto de vista del principio de culpabilidad "se desvanecen en parte ante la consideración de que el autor asume el *riesgo* "de que pueda concurrir la condición objetiva de punibilidad. "Quien se coloca en una situación de embriaguez -afir-

---

5 *Tratado,* Vol. 11, pp. 763 a 765, Bosch editorial, Barcelona, 1981. Trad. S. MIR PUIG y F.
MUÑOZ CONDE.

6 Ob. cit. Vol. 11, p. 764.

ma textualmente- que excluye la capacidad de culpabilidad, hace nacer con ello un peligro para la colectividad, ya que nadie puede prever y dominar con seguridad sus reacciones en un estado como aquél. Quien afirma un hecho injurioso sobre un tercero ha de asegurar que pueda probar su verdad". Más adelante, el mismo autor hace afirmaciones conclusivas que clarifican el concepto y naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad *impropias* al afirmar que debe distinguirse entre circunstancias que constituyen en realidad *causas de agravación de la pena* de aquellas que aparecen como *elementos fundamentadores de ella,* pero que en todos estos casos se restringe el principio de culpabilidad y que "solo hasta cierto punto puede justificarse mediante la idea del riesgo", señalando como *impropias* condiciones objetivas que encierran causas de *agravación* de la pena, la producción de la consecuencia grave en la riña y la comisión del hecho en el delito de embriaguez plena, ya que en ellas el comportamiento base entraña cierto grado de merecimiento de pena por suponer la puesta en peligro en determinados individuos o en la colectividad, pero que la punibilidad del hecho sólo resulta fundada hasta que se produce la condición objetiva; que la indemostrabilidad de la verdad de los hechos imputados en la difamación, constituye la única impropia condición objetiva que "supone un *elemento típico que fundamenta la pena* ", pues si la razón de la punibilidad de la difamación "no es el menoscabo de la buena fama, sino la puesta en peligro de la estima *merecida* por el ofendido, la falsedad de la manifestación injuriosa sólo puede constituir elemento del tipo, ya que el contenido de injusto del hecho radica en la imputación de un hecho *falso.* Por otra parte, la protección del honor del ofendido exige que el ofensor pueda probar su imputación. Esto obliga al legislador a configurar el precepto penal de suerte que suponga la condena del injuriador cuando este no pueda efectuar la prueba de la verdad del hecho imputado. De ahí que la indemostrabilidad deba considerarse como condición objetiva de punibilidad (impropia y fundamentadora de la pena).[7]

Como una síntesis de lo expuesto, hemos de admitir que las condiciones objetivas de punibilidad *propias* o auténticas son circunstancias *completamente ajenas a los elementos del delito,* que la ley consigna como *necesarias* para que la conducta o el hecho realizado, con las características propias de un delito, sea *punible.* Lo anterior- no ignora que en ocasiones la ley condiciona la punibilidad del hecho o la agravación de la pena a circunstancias o condiciones que en alguna forma se vinculan a la *ilicitud* o a la *culpabilidad* y que en la doctrina alemana han sido denominadas condiciones objetivas *impropias,* cuya ubicación sistemática ha sido controvertida, pues se le estudia en el tipo del in

---

7 Tratado, Vol. n, pp. 763 a 769.

justo (MAURACH) o fuera de él, pero reconociéndose que algunas de ellas se encuentran próximas a los elementos del tipo.[8]

De los autores mexicanos, se ocupan de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP y Eduardo LÓPEZ BETANCOURT. El primero le niega a dichas condiciones el carácter de *elemento* del delito y le otorga en cambio el de *"consecuencia"* del mismo, y al expresar que "cuando exista una hipótesis de ausencia de
condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero *no punibilidad* en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad"; aparece claro su reconocimiento a las condiciones objetivas *propias* o *auténticas,* cuyo perfil ha sido ya delineado, aunque su idea tal vez no haya sido expresada ton la claridad debida.[9] LÓPEZ BETANCOURT, después de hacer múltiples referencias a la doctrina extranjera concluye en considerar que las condiciones objetivas de punibilidad "son aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito", terminando de ello por afirmar que "de ahí que el presentarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito sino secundarios".[10] Como insistentemente hemos señalado, las *propias* o *auténticas* condiciones objetivas de punibilidad *no influyen en la perfección del hecho delictivo que reúne todos sus elementos, ni tampoco en su gravedad punitiva;* no constituyen "parte" del hecho que ya por sí reúne sus características de ser antijurídico y culpable, dado que constituyen *presupuestos de la pena* cuya exigencia en la ley precisa su satisfacción para hacer operante la pena correspondiente.

El propio LÓPEZ BETANCOURT señala como ejemplo de una condición objetiva de punibilidad, la *declaración de quiebra* en el delito de quiebra fraudulenta, ejemplo invocado con relación a las legislaciones española y alemana según la doctrina penal dominante en esos países y que resulta tal vez el único caso de una auténtica y propia condición objetiva de punibilidad, pues dada la quiebra fraudulenta, con todos sus elementos constitutivos, se condiciona la aplicabilidad de la pena a la *declaratoria* respectiva, tanto en el ámbito de las normas mercantiles como de las penales. Piénsese también en la *falsificación de documentos* (art. 244, c.p.). cuyo artículo 245 precisa que para que este delito *sea sancionable como tal,* requiere la concurrencia de los requisitos siguientes: "1. *Que el falsario se proponga sacar algún provecho para si* o *para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado* o

---

8 H.H. JESCHECK, *Tratado;* José A. SAlNZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* 1990, Bosch Editorial, 3" edición; Carlos MARTINEZ PÉREZ, *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad,* Edersa, Madrid, 1989, entre otros.

9 *Apuntamientos de la Parte General de, Derecho Penal,* p. 285. 8' edición, Porrúa, 1983.

10 Teoría del Delito, p. 244, Ed. Porrúa, México, 1994.

a un tercero; II. *Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación;* y III. *Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquella en cuyo nombre se hizo el documento ".*[11]

---

11 Como un homenaje a mi amigo y admirado jurista, Don Jorge Frías Caballero, como un recuerdo de nuestros fraternos e inolvidables encuentros intelectuales en las maravillosas Tierras de Colombia, Venezuela, Argentina y México.

CAPÍTULO XXIV

LAS FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO. LA TENTATIVA

SUMARIO

'1. Las fases del *iter criminis: a)* La fase interna o subjetiva; *b)* La fase externa u objetiva.-2. La tentativa: Historia. Concepto.-3. Elementos de la tentativa.-4. Actos preparatorios y actos ejecutivos.-5. Inidoneidad en los medios y falta de objeto.-6. Delitos en los que no es posible hablar de tentativa.-7. Delitos e~ que sí se da la tentativa.-8. Criterios que pretenden fundar la punición de la tentativa.-9. La razón que justifica la menor punición.- lO. El artículo 12 del Código Penal.-ll. El desistimiento y el arrepentimiento activo.

1. LAS FASES EL ITER CRIMINIS

El *iter criminis* comprende el estudio de las diversas fases recorridas por el delito *desde su ideación hasta su agotamiento.* Tradicionalmente distínguense en el *iter criminis* (camino del delito), la fase *interna* de la *externa,* llamadas también *subjetiva* y *objetiva.* El delito se encuentra en su *fase interna* cuando aun no ha sido exteriorizado; no ha salido de la mente del autor; en tal estrado se colocan a la *ideación,* a la *deliberación* y a la *resolución* de delinquir.

a) *La fase interna o subjetiva*

El primer fenómeno *(ideación)* se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Puede suceder que ésta sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en principio, surja nuevamente, iniciándose la llamada *deliberación.* Por ésta se entiende *el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella.* Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste

persiste la idea criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya l~ *resolución* de delinquir.

La *fase subjetiva no tiene trascendencia penal,* pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido. El Derecho regula relaciones entre personas y por ello el *pensamiento no delinque,* principio consagrado en la fórmula *cogitationem poena nemo patitur,* recogida en el Libro 11 de la Séptima Partida, en su Título 31, que proviene de la más antigua tradición jurídica romana.

A la simple resolución interna de delinquir sucede la *resolución manifestada.* A ésta no puede considerársele formando parte de la fase externa por no constituir una actividad material; no es propiamente un *acto material* sino expresión verbal, como lo hace notar JIMÉNEZ DE ASÚA.[1] Por tal razón, de común no se le inc1uyen la fase interna pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas.

Consiste tal resolución en *el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra.* Como sucede en la simple resolución psíquica, aquí tampoco existe infracción jurídica en el más amplio sentido, pues la exteriorización no vulnera objetivamente ningún interés jurídico. No obstante, las legislaciones penales elevan a la categoría de delito algunas resoluciones manifestadas, por razones de índole muy especial, aun cuando doctrinariamente y por su fisonomía propia no constituyan delito.

En Francia se da categoría de delitos a la *proposición,* la *conspiración* y el *complot;* en España tienen ese carácter la *conspiración,* [2] la *proposición,*[3] *1a provocación*[4] y la *amenaza.* En nuestro Derecho se han elevado a la categoría de delito las siguientes resoluciones manifestadas: *la incitación al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero* (artículo 125 del Código Penal federal); la *invitación* para hacer armas contra México o para invadir el territorio nacional (artículo 123-XI del mismo código); la *incitación* para cometer sedición o motín, o la *invita*

---

1 *La ley J el delito,* pp. 500 Y ss., Ed. Hermes, 2" edición, 1954.

2 El artículo 4 del Código español define la *conspiración* de la siguiente manera: "Existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutado. "

s El propio Código español, en su artículo 4, declara que "la *proposición* existe cuando *el que ha resuelto* cometer un delito *invita a otra* u *otras personas* a ejecutado". No basta pues la resolución de delinquir; se impone *proponer* a otros precisamente *la ejecución.* "Es preciso -dice PUlG PEÑA-, que exista una propuesta seria y firmemente realizada a una o varias personas. Y lo propuesto ha de ser, además, para la ejecución de un delito; si es para su preparación o encubrimiento tampoco se integra la proposición." *Ob. cit.,* pp. 225 Y 226.

4 "La *provocación* existe -acuerda el artículo 4 del Código español- cuando se *incita* de palabra, por escrito o impreso u otro medio de posible eficacia a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción. Provoca el que *incita,* quien con la propia influencia psicológica provoca la ejecución del delito.

ción en cualquier forma o cualquier medio a una rebelión (artículos 130, párrafo segundo; artículo 131, párrafo segundo y artículo 135-1, respectivamente del citado código federal); la *amenaza,* la *provocación* de un delito y la *conspiración* para cometer uno o varios delitos del Título Primero del Libro Segundo, previstos en su orden en los artículos 282, 209 Y 141,5 los dos primeros del Código del Distrito Federal derogado y ahora sustituido por el Código vigente del año 2002, y el tercero del federal, y como *coautoría* la *determinación* dolosa, recogida coma *participación delictiva* en el artículo 13, fracción V, del propio Código Penal Federal.

Por *proponer* debe entenderse la *invitación* formal hecha, por quien ha resuelto delinquir, a otra u otras personas para obtener su cooperación en la ejecución del delito, constituyendo por tanto la *simple invitación* a cooperar a delinquir. Por *conspirar* se entiende el acuerdo, el *concierto* entre dos o más personas *para ejecutar determinado delito.* Requiere la conspiración no sólo que la idea criminosa haya sido pensada sino decidida en concierto entre dos o más personas y que la decisión tomada se refiera a la comisión de un determinado delito.

Estas dos formas genéricas aludidas (proposición y conspiración), están referidas en nuestro Derecho 'positivo exclusivamente a los delitos *contra la seguridad de la Nación,* integrando delitos independientes pero en función de los tipos expresamente recogidos en la ley; por tanto, sólo podemos hablar con propiedad de *proposición para cometer traición* y de *conspiración para realizar traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos.* No podemos, por ende y con base en la ley, enjuiciar a nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio. Las *amenazas* y la *provocación de un delito* constituyen igualmente tipos autónomos recogidos en los artículos 282 y 209 del Código penal del Distrito Federal y con igual número y contenido del Código penal federal.

La fracción V del artículo 13 declara responsables como autores o partícipes del delito, a *"los que determinen dolosamente a otro a cometerlo".* Aunque la disposición anterior no usa el término *instigar,* es claro que la ley se refiere a la instigación o inducción, así como a otras formas de *determinar a otro* a cometer el delito, pues en tales situaciones el autor realiza una *actividad encaminada a mover el ánimo de aquel sobre quien se actúa, precisamente para determinarlo a ejecutar el hecho delictuoso.* No consiste, por tanto, en la simple proposición o invita

---

5 Art. 141. *"Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a quienes resuelvan de concierto cometer uno* o *varios de los delitos del presente Título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación* -. La conspiración por tanto requiere no sólo el *concierto* entre varias personas para cometer uno o varios de los señalados delitos, sino *acuerdo sobre la forma* de llevar a cabo la determinación delictiva.

ción a delinquir sino en el *convencer,* en el *mover la voluntad ajena* plegándola a la propia del i:nsti~ador o inductor.

b) *La fase externa u objetiva*

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de *actos materiales,* estamos ya dentro de la fase *externa* u objetiva del delito; penetramos a lo que algunos autores denominan el *proceso ejecutivo del delito.* Para MAGGIORE tal proceso comprende: *a)* la *preparación; b)* La *ejecución,* y *c)* La *consumación.* La ejecución puede ser *subjetivamente* completa y *objetivamente imperfecta,* en cuyo caso se habla de *delito frustrado; subjetiva* y *objetivamente incompleta o imperfecta* en el que se habla de delito tentado, *tentativa* o *connato.*[6]

Inicialmente se adoptó la clasificación *bipartita,* diferenciándose entre *delito consumado y tentativa,* sin distinguir, en cuanto a esta, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito. Más tarde los clásicos italianos, con fino sentido analítico, distinguieron la *tentativa* (conato) del *delito frustrado,* señalando como carácter de aquélla su *imperfección* respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en donde el sujeto realiza *todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado,* sin que éste llegue a versificarse por causas ajenas a su voluntad.[7]

La mayoría de los autores y de los Códigos modernos han abandonado ya esta concepción *tripartita* (tentativa:-delito frustrado-qelito consumado) para volver a la antigua clasificación *bipartita* (tentativa delito consumado), distinguiendo, ahora entre la tentativa *acabada* y la *inacabada.*[8]

---

6 "Todo delito supone una acción externa. Las acciones externas se componen de diversos *momentos físicos,* así como las *internas* se componen de diversos *momentos morales.* Estos momentos físicos pueden estar incompletos *subjetiva* y *objetivamente* al mismo tiempo, porque ninguno de ellos haya tenido su curso, y por ello, no se haya alcanzado el fin deseado por el culpable. Pueden estar completos *subjetivamente,* pero incompletos *objetivamente* porque, a pesar~ de haberse agotado todos los momentos físicos de la acción, el Derecho que el agente atacaba no haya sido violado. En tales casos, el delito presenta una *degradación en la fuerza física,* porque no está perfecta ni siquiera la acción, o si la acción fue perfecta, no está perfecta la *ofensa a la ley.* "Francisco CARRARA, *Programa,* parágrafos 345, 346 Y 347.

7 CARRARA distinguió, brillantemente; entre *delito perfecto* y *delito imperfecto.* En el primero se consuma la violación al derecho tutelado, mientras en el segundo la misma no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fí~, a través de actos apropiados. El delito queda *imperfecto* -explica CARRARA- cuando imperfecta ha quedado la acción al interrumpirse el curso de sus momentos físicos, o porque éste ha sido insuficientemente promovido, o cuando aun siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello *suficientes* los momentos precisos para la finalidad, el efecto no ha sido conseguido debido a un impedimento imprevisto; en el primer caso surge el *conato,* en tanto en el segundo puede tenerse, en ciertas condiciones, el *delito frustrado. Programa,* parágrafos 349 y 350.

8 La distinción entre *tentativa* y *delito frustrado* se hace remontar a ROMAGNOSI y se funda en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. En la *tentativa* es incompleta la ejecución, tanto subjetiva como objetivamente, mientras en el delito frustrado el delito es completo en el ámbito subjetivo pero incompleto en el objetivo, en virtud deja no realización. del

MEZGER, al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma no se refiere al *resultado del acto* sino al término de la actividad desplegada. En la tentativa *inacabada* el sujeto no ha realizado *todos* los actos que por su parte se requieren .para que el delito se consuma, en tanto en la *acabada* sí ha realizado todos los actos por él requeridos, pero de igual manera el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. Respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es la "resolución" del agente la base determinante, pues sólo "en el sentido subjetivo del autor mismo" puede llegarse al conocimiento de si ha verificado todo lo ~e su parte necesario a la consumación del delito.[9]

2. LA TENTATIVA

Historia: El Derecho romano, siguiendo, el principio de que no hay delito sin actividad manifestada, no llegó a concretar un criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término técnico alguno para diferenciar tales grados del delito.

En el Derecho penal privado siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados; en el Derecho penal público, sin embargo no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la exigencia de que el "animus" entrase en el campo de la exteriorización material, no, llegó siempre a requerirse un resultado caracterizado en un daño. En los delitos de *lesa majestad,* por ejemplo, era punible como delito consumado, cualquier acto exteriorizador de la:'"Voluntad, aun cuando se tratara de actos puramente ejecutivos. No obstante, en los últimos tiempos del Derecho romano, la circunstancia de que el resultado no llegara a consumarse constituía, en algunos casos, una atenuante. [10]

---

evento por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Según Antonio FERRER SAMA, "tanto una como otra figura consisten en el hecho de realizar una serie de actos de. ejecución del delito, distinguiéndose la primera de la segunda (tentativa y frustración) en que mientras en la tentativa no se practica más que una parte de los actos necesarios para consumar el hecho, en la frustración se verifican todos los que lógicamente deberían haberlo producido, a pesar de lo cual el delito no llega a consumarse. Estas dos figuras, en la doctrina extranjera, van comprendidas bajo una misma denominación de tentativa y distinguiéndose, dentro de ella, las dos modalidades de tentativa inacabada y tentativa<acabada". *Comentarios del Código Penal,* 1, p. 56. l' edición. Murcia, 1946. Debemos reconocer, como lo afirma Eusebio GÓMEZ, que en la actualidad la distinción entre tentativa (conato o delito tentado) y delito frustrado, carece de importancia, pues los códigos modernos la hacen innecesaria al englobar en un solo concepto, el de la tentativa, a lo que antiguamente se conoció como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo.

[9] Edmundo MEZGER: *Tratado de Derecho Penal,* n, pp. 265 Y 266.

[10] "La idea de la tentativa -relata Von LlSZT- debe su origen a la ciencia jurídica medieval de Italia. En el Derecho-romano 'falta el concepto y la palabra técnica de la tentativa' (Mommsen). Más, por el contrario en las *Leges Cornelial;* algunos actos de tentativa y de preparación están sancionados con la pena del delito consumado. Bajo la influencia de la retórica literaria

En el Derecho germánico fue desconocida en un principio la tentativa. Posteriormente, aun cuando no llegó a precisarse una fórmula diferenciadora, se equiparó la tentativa al delito consumado, principalmente en el delito flagrante. Por fin, en los siglos XIV y XV parece "reconocerse el concepto de la tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace inmediatas con la época presente".[11]

Al decir de MEZGER, en el Derecho italiano de la edad media se encuentra ya un concepto del conato, el cual es descrito como un *cogitare, .agere, sed non perficere.* El Derecho longobardo consideró la tentativa como de menor importancia a la consumación, castigándola con pena atenuada *(extra ordinem),* reglamentando la tentativa inidónea y el desistimiento espontáneo.[12]

Fue el Código llamado de la *Carolina* (Constitución Criminal) dictado por Carlos V, el primero que contiene una definición de la tentativa, con los elementos distintivos de este instituto penal, tales como *'actos externos de voluntad* criminal y *falta de consumación* del evento *contra la voluntad* del agente; tal definición la contiene el artículo 178, el cual influyó notablemente en los diversos códigos penales de los Estados alemanes.[13]

Gran influencia ejerció también el Código *josefino,* dictado en 1787, que exigió para Ja punición de la tentativa la realización de *actos dirigidos a la consumación de un delito,* aspecto en que fue secundado por la ley francesa del 22 predial, año IV, por el Código francés de 1810, el Código Sardo y otros. El francés de 1810 consagró la fórmula del *comienzo de ejecución* (commencement d'execution) para definir la tentativa, concepto recogido por el Código prusiano de 1851 y el de Baviera de 1861, iniciando la evolución de los Códigos europeos del siglo XIX en esta materia.

A partir _de la *Carolina* empieza a precisarse la distinción entre actos preparatorios, *actos de ejecución* como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado o tentativa acabada. Se conservó casi invariable el principio de penar en forma atenuada la tentativa y, en algu-

---

y filosófica fue acentuándose más y más, especialmente desde Adriano, el lado subjetivo del delito, la *voluntas,* en contraposición al *exitus,* y, por tanto, *elflagítum imperfertum,* en general, fue sancionado con penas atenuadas. Pero ni siquiera el Derecho romano ulterior llegó a formar un concepto general de la tentativa". *Tratado de Derecho Penal,* 111, p. 5, Editorial Reus, Madrid, 1929. Trad. Luís JIMÉNEZ DE ASÚA.

11 Edmundo MEZCER: *Tratado,* 11, p. 225.

12 *Tratado,* 11, p. 213.

13 He aquí el texto del artículo 178 del Código Carolino: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en esta de las circunstancias y forma de la cosa." Cf. Edmundo MEZCER: *Tratado,* 11, pp. 226 Y 227.

nos casos, se equiparó, en cuanto a la sanción, el delito frustrado y el consumado.

Concepto. Cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa, debe hacerse en función del delito perfecto o *consumado.* Eso ha llevado a los autores a denominar a la tentativa un *delito imperfecto* por faltar en él el acto material de la consumación. Ya CARRARA, al exponer su teoría sobre la tentativa, la consideró un delito *degradado en su fuerza física* y, en consecuencia, de acción *imperfecta.*

No por el hecho de que la tentativa se subordine, por cuanto a su punición, a la referencia típica concreta contenida en otra figura delictiva, se piense que no constituye una figura autónoma. Este punto de vista ha sido ya ampliamente discutido en la doctrina, y aunque la generalidad de los autores convienen en que es un delito imperfecto, si se la refiere al delito consumado, reconocen que, considerada en sí misma, constituye un delito consumado, pues es figura con caracteres propios y punible s por si. La razón de esa aparente contradicción radica en la imposibilidad de "incriminar un delito imperfecto sin darle tal fisonomía".

Sin embargo, la opinión no es unánime y así, Eusebio GÓMEZ, considera que en sí misma la tentativa no constituye delito, pues siempre está referida a un delito determinado cuya ejecución ha sido comenzada sin llegarse a la consumación; "jurídicamente considerada, la tentativa es un delito imperfecto".[14]

Opinión contraria sustenta MANZINI al decir: "Dado que la ley al prever y castigar los delitos, presupone abstractamente su consumación, la violación de un precepto penal que no hubiera llegado a aquel efecto, no sería evidentemente punible, si otra norma penal no incriminaba tal violación incompleta, esto es, no hacía punible el hecho que la constituye. Esta norma es precisamente la que incrimina y castiga la tentativa de un delito, el cual conserva el *nomen iuris* del respectivo delito, pero cambia el título por el cual es punible; título que resulta de los elementos exigidos para la punibilidad de la particular sanción aplicable y no de la peculiar cualidad del hecho. El delito intentado, por consiguiente, es delito por sí mismo, diverso jurídicamente del respectivo delito consumado; lo que es, sin, embargo, bien diferente de admitir es que la tentativa .por sí misma represente un delito *sui generis* idéntico en todo caso. El delito intentado conserva, en el resto, las características de la incriminación típica a que se refiere; y por eso, se tendrá delito intentado de daño o de peligro, mientras como hemos visto, sería erróneo reconocer en la tentativa, en todas las hipótesis, un delito de peligro.[15]

---

[14] *Tratado de Derecho Penal,* 1, p. 474, Cía. Argentina de Editores, 1939.

[15] *Tratado de Derecho Penal,* III, p. 178, Ediar Editores, Buenos Aires, 1949. Trad. Ricardo C. NÚÑEZ y Ernesto GAV1ER.

Entre nosotros,J Ramón PALACIOS comienza por observar que las acciones inconsumadas carecerían de carácter delictuoso de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto que tiende a la lesión sin obtenerla. De lo anterior deduce: *a)* Que la tentativa requiere una norma específica que prevea la actividad para poder incriminarla; *b)* Que la norma de la tentativa es accesoria de la norma principal y representa un grado menor de ésta, pero al mismo tiempo "es un título autónomo -tentativa, frustración-, pero jamás tiene vida pO,r sí, y *c)* .En nuestro régimen jurídico, la tentativa debe recibir previsión legal".[16]

Establecido el carácter jurídico de la. tentativa, se la qefine generalmente en función de la *no verificación del evento y de la fisonomía de los actos ejecutados.* Para nosotros sigue teniendo pleno valor la definición de IMPALLOMENI: "tentativa punible es la ejecucióp frustrada de una determinación criminosa".[17]

3. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

Con ligeras variantes, los autores consideran como elementos de la tentativa:

a) Un elemento moral o *subjetivo,* consistente en la *intención dirigida a cometer un delito;*

b) Un elemento material u objetivo que consiste en-los *actos realizados* por el agente y que deben ser de *naturaleza ejecutiva,* y

c) Un *resultado no verificado* por causas ajenas a la voluntad del sujeto.[18]

---

16 *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal,* p. 29, Imprenta Universitaria. México, 1951. Confirma el punto de vista de la estructura propia de la tentativa al decir: "Si entendemos con SALTELL! y Romano DI FALCO que la consumación existe cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo, habremos de concluir con CUELLO GALÓN, que la tentativa no es un delito imperfecto, en cuanto que todos sus extremos jurídicos han sido satisfechos; que sólo en oposición al. delito consu'madó la tentativa es delito imperfecto, por no haberse lesion¡¡.do totalmente el bien protegido por el tipo; y como justamente observa BEITIOL, la tentativa tiene su propia objetividad, dada la lesión potencial de un bien jurídico; tiene una estructUra suya, propia, dados los actos i'dóneos dirigidos a ocasionar un resultado lesivo; tiene una sanción específica, más mitigada que la prevista para la consumación'.."Más adelante, tratando de armonizar tal aparente contradicción, declara: "Ahora bien, el concepto de perfección aplicado a tentativa y consumación, lo podemos entender desde un punto de vista natural o jurídico. Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que la tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos áel tipo; más jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delitO tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues substituido el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado.. *Ob. cit.,* pp. 31 Y ss.

17 *Instit.* 341. MAGGIORE la define como "un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por irrealización del resultado.. *Derecho Penal,* 11, p. 77, Ed. Téniis, Bogotá, 1954.

18 Para Giuseppe MAGGIORE la tentativa tiene los siguientes elementos: 1. La intención dirigida a cometer un delito; 11. Un acto idóneo, o sea la manifestación de voluntad, traducida al

Si tales elementos son reconocidos en formas casi invariables como propios e integrantes del delito tentado, los criterios han variado cuando se trata de precisar en cuál o cuáles de ellos radica la esencia de esta figura. En la evolución de las teorías, dos distintas corrientes parecen haber conjugado & dispares opiniones.

El *comienzo de ejecución* consagrado como fórmula técnica para dar individualidad a la tentativa, en función de la acción, instituida por el Código francés de 1810 y seguido posteriormente por los-Códigos de los estados alemanes y más tarde por el-Código del Imperio, dio nacimiento a dos corrientes: la *subjetiva,* apoyada y difundida en Alemania por Von BURI y la *objetiva,* que poco a poco ha ido ensanchando sus horizontes y ha agrupado a los más modernos penalistas.'

Debemos antes de hacer mayores consideraciones al respecto, señalar la razón de la centralización del problema de la tentativa en el llamado *comienzo de ejecución.*

4. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS

Si hay relación inmediata entre lo pensado y lo exteriorizado, mayor manifestación de la voluntad criminal expresará el acto según se acerque o se aleje del designio final. Hay actos que por sí mismos *nada revelan* sobre la intención delictuosa; de ahí que, como dice Von LISZT, sea necesario contraponer "los actos preparatorios más alejados a los más próximos a los actos punible s de tentativa; aquéllos deben quedar impunes, éstos deben ser penados")[9]

Por eso se ha distinguido, desde los autores clásicos como CARMIGNANI, ROMAGNOSI Y CARRARA; entre los *actos preparatorios* y los *actos de ejecución,* siendo variados los criterios seguidos para diferenciados, aun cuando, debemos decido de una vez, no hay ninguno que establezca una tajante y definitiva separación entre ambos:

*a)*Desde un punto de vista exclusivamente *cronológico,* según la *lejanía* o *cercanía* del acto al resultado perseguido, serán actos preparatorios los *remotos* y actos de ejecución los *próximos* al evento querido y no realizado;

b) Por cuanto a la *naturaleza de los actos,* en la *equivocidad* de los preparatorios y en la *univocidad* de los ejecutivos;[20]

---

mundo externo, con eficacia causal para producir el resultado que se ha propuesto el agente, y 111. Una acción no realiz~dao el resultado no verificado. *Derecho Penal,* 11, pp. 77 Y ss.

19 Tratado, 111, p. 7.

20 Ramón PALACIOS, refiriéndose a la construcción de CARRARA, estima se encuentra apoya
da en los principios de la *univocidad* para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios que no revelan, de modo cierto, la intención de ejecutar y son por ello *equívócos.* "Actós de tentativa - expresa PALÁclOs- se confunden con actos que comienzan.la ejecución del delito; actos preparatorios son los que no demuestran de modo inequívoco la voluntad, criminal y

c) En el carácter *condicional* del acto preparatorio y en el de *causa*
del acto ejecutivo;

d) En la voluntad *exteriorizada* a través del acto ejecutivo que falta
en el preparatorio, etc.

La dificultad innegable de precisar cuándo se está frente a un acto constitutivo de un *comienzo de ejecución,* dio nacimiento ala *teoría subjetiva.* Contrariando al texto expreso del parágrafo 43 del Código Penal Imperial, el cual exige para penar la tentativa que la resolución del autor de cometer un delito "se haya manifestado en acciones que contengan un principio de ejecución de este crimen o delito", esta teoría se remite a aquellas acciones que, según la *representación* del autor, constituyen un principio de ejecución del delito. Por tanto, se desentiende del acto mismo en su exteriorización material para referido exclusivamente a la *representación.* Esta forma de interpretación llevó al Supremo Tribunal alemán a penar, como tentativa de aborto, las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada, en evidente contradicción del texto del parágrafo mencionado.

En algunos proyectos de códigos alemanes puede observarse la confusión existente sobre el particular. El proyecto oficial de 1925, parágrafos 23 y ss. adopta la teoría *subjetiva* al hablar de *acciones que según la representación del autor constituyen el comienzo de ejecución* del delito; más tratando de evitar la punición de los actos inidóneos como tentativa, se refiere a los objetos y medios que constituyen la relación de la conducta "sobre o con los cuales el efecto no puede en absoluto ser cometido", adoptando en este punto el criterio *objetivista.* El proyecto del *Reichstag* de 1927, parágrafo s 26 y ss., vuelve a insistir en la teoría subjetiva cuando alude a las "acciones que constituyen el principio de ejecución o que 10 constituirían según la situación del hecho que él (el autor) se representa". El proyecto de 1930 regula la tentativa siguiendo el mismo criterio subjetivista.21

La teoría *objetiva,* al contrario, encuentra en el acto mismo, exteriorizador de la voluntad, el punto de partida para determinar su naturaleza ejecutiva. Toda la estructura objetiva funciona en relación al *tiPo* particular, a lo que MEZGER denomina "concepción jurídica positiva formal". Si la tentativa está encaminada a realizar el delito de robo, será punto de partida la acción de "apoderamiento", la cual fIja caracteres propios al acto cuya naturaleza trata de investigarse. El an terior elemento, de carácter netamente formal (en función del tipo), requiere un p.un to de vista material consistente *en el peligro que el acto entraña para el bien jurídico* a cuya lesión se encamina la acción.

---

aquellos que no obstante la prueba que reciben sobre el querer deciso, carecen del principio de ejecución. La teoría de la univocidad es un desacierto rotundo; el. principio de ejecución sobrevive, aunque con distinto nombre, en la dogmática más reciente." *Ob. cit.,* pp. 75 Y 76.

21 cr. MEZGER: *Tratado,* 11, p. 231.

Dentro de la corriente objetiva, BEpNG reduce el problema del comienzo de ejecución a la *relación directa entre el acto y la actividad expresada en el verbo núcleo del tiPo;* de agotar la acción dicho núcleo, el delito se consumaría, pues se habría realizado "el matar" y "el robar", núcleos de-los tipos de homicidio y de robo. Como cada núcleo tiene una periferia, la cual no agota la actividad propia del núcleo del tipo, quien comienza a realizar el verbo del tipo *comiénza* a ejecutar la acción particular; habrá por tanto *comienzo de ejecución* en el homicidio cuando se *empieza. a matar* y en el robo cuando se *empieza a robar.*

Aceptando las críticas hechas a su teoría, BELlNG la reestructuró en la de los *comPlementos de la acción,* que trata de solucionar los casos en los cuales la acción, aunque peligrosa y reveladora de la in tención del agente, por sí no puede constituir un comienzo de ejecución, pues con ella el agente no ha empezado a realizar el núcleo del tipo. Lo cierto es, afirma BELlNG, que el sujeto en ocasiones verifica acciones que por sí mismas no producirían el resultado deseado, pero sabe de an'temano que concurrirá con ellas un *comPlemento* que hará posible el evento, complemento consistente en un acontecimiento natural, como el simple transcurso del tiempo, una fuerza o fenómeno físico, o bien en un acto de la víctima o de un tercero, ya actúe éste en forma inocente o en concierto; en tales casos ."el comp1emento" no debe separarse del acto, con lo que éste no podrá ya ser considerado en forma aislada.[22]

"El comienzo de ejecución se diferencia formalmente del acto preparatorio -dice J. Ramón PALACIOS-, en que éste aún no es adecuado al tipo, y precisamente porque al legislador no le interesa tal acto, ha exigido un 'comienzo de ejecución' como base objetiva de la tentativa, y cuando estima oportuno punirlo, crea figuras autónomas. El dolo de la tentativa es el mismo que el de la consumación; y la ejecución tiene su especial significado, al contacto con cada tipo particular, con cada previsión legal. No existe la acción preparatoria abstracta, como tampoco la ejecutiva amoldable a cualquier figura delictuosa; precisa la consideración particular del trato jurídico, para la determinación de lo que es preparación y de lo que es característico de la ejecución." [23]

Los italianos, desde el siglo pasado han elaborado una teoría del delito tentado que encuentra el criterio distintivo para punir los actos realizados en la *idoneidad* de los mismos. Será responsable, de acuerdo con ella, quien realiza *actos idóneos* dirigidos de modo *no equívoco* a la consumación del delito. CARRARA expuso, en un principio, que cuando un acto puede conducir, tanto a un fin inocente como a un delito, es y debe ser considerado como un *acto preparatorio,* pues falta

---

22 *La doctrina del delito tipo,* pp. 102 Y ss, Depalma, Buenos Aires, 1944.

23 Ramón PALACIOS, *ob. cit.,* p. 107.

en él el *comienzo de ejecución.* Aun en casos de esa naturaleza, la precisión de que están encaminados a la consumación del delito no variarásu estimativa como preparatorios en razón de la *ausencia de peligro actual.* Pero es más, también los actos representativos de un comienzo de ejecución y por tanto de un peligro actual, pero en forma contingente, seguirán siendo estimados preparatorios por no ser *unívocos,* es decir, *por no revelar en forma unívoca (no equívoca) la intención del agente.* [24]

Al concepto de idoneidad del acto agrega CARRARA el carácter no equívoco o *unívoco* del propio acto para estimado como comienzo de ejecución, modificando posteriormente la idea del acto preparatorio en función de los *sujetos de la relación.* Es acto *preparatorio* el que se desenvuelve y permanece en *la esfera del sujeto activo;* es acto *ejecutivo* el que trasciende esa esfera e invade o se *desenvuelve en la del sujeto pasivo,* entendiéndose por tal no sólo a la persona física sino también a las cosas sobre las cuales recaen los actos.[25]

El artículo 56 del actual Código italiano fue evidentemente redactado con el propósito de eludir el término '.'comienzo de ejecución", pretendiéndose con ello evitar el problema-de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, como si con-olvidarse de ella se suprimiera esa distinción real. Después de largos años de vigencia del precepto, los tribunales, siguen aplicando los conocidos criterios de distinción entre unos y otros actos, de donde el problema que se pensóevadir sigue presentándose. A esta conclusión llegan los autores del *proyecto preliminar del Código penal de* 1949, en sus comentarios al artículo 31 del proyecto cuando, entre otras cosas, opinan que "con la norma del artículo 31 del proyecto se da, el mayor realce posible al punto' fundamental de que no basta para que exista tentativa punible, la subsistencia de los actos, aunque sean causalmente necesarios e idóneos como lo son precisamente los actos de preparación, sino que se necesitan *actos de ejecución del delito,* queriendo con ello significar que

---

[24] Para CARRARA el acto externo, constitutivo del conato, tiene como primer carácter su *univocidad,* que lo distingue del mero acto preparatorio, por manifestar indudablemente su dirección a un delito dado; pueden por tanto castigarse como conatos "porque existe en ellos el carácter de ejecutivos y el peligro actual". El segundo carácter del acto .externo es su *idoneidad* o aptitud de conducir al fin perverso, de tal manera que "los actos in idóneos no pueden, pues, imputarse como delito al pretendido tentador. Si la inidoneidad existió,en los primeros momentos de la acción, cesa toda imputación de los actos como *conatos,* porque ellos carecieron enteramente de pelígro. Si existió en los sucesi:vos, queda la imputación de los ántecedentes cuando éstos sean susceptibles de ello". *Programa,* parágrafos 358 y 360.

[25] Ramón PALACIOS expresa que CARRARA varió substancialmente su doctrina anterior "para enunciar la que titula ataque a la esfera juridica de. la víctima. Para alcanzar el distingo propuesto, separó los actos consumativos de los preparatorios y de los ejecutivos". Citando entre otras la opinión de MAssARI, destaca el autor mexicano que esa distinción apenas puede ser válida tratándose de los delitos con un objeto material, mientras su inutilidad sálta a la vista en aquellos en los cuales falta ese objeto. *Ob. cit.,* pp. 88 Y ss., nota 27. .

los actos punibles deben encontrarse en el ámbito de la acción constitutiva del delito".

Como se aprecia, el problema de la tentativa se centraliza en torno al concepto "comienzo de ejecución", y aunque a l~ fecha no existe solución plenamente satisfactoria, parece haber obtenido mayor fuer

za la corriente "racionalista" que ubica el acto ejecutivo dentro de la esfera de incriminación de la norma principal, tomando "posición agresiva contra el bien penalmente protegido" como expresa MEZGER y reafirma V ANNINI. [26]

. No obstante, la duda subsiste cuando estamos en presencia de actos en los cuales no puede claramen te establecerse la vinculación con el tipo y por ende la naturaleza ejecutiva de los mismos. Este espinoso problema ha tratado de ser solucionado dándose más amplio contepido al acto ejecutivo, en relación a la norma penal principal, de manera que aquél será no sólo la acción típica realizadora de una parte del hecho, sino un acto que "concreta la violación del bien atacado como acto agresivo de la integridad del bien mismo".[27] Ya MAsSARI, al igual que ZIMMERL, sostuvieron que el acto precedente es "lógicamente necesario para la realización inicial del hecho" y por tanto no puede prescindirse de él en la relación causal para determinar la naturaleza del acto.[28]

Este difícil obstáculo no lo han ignorado autores tan distinguidos como Max Ernesto MAYER y P ANNAIN [29] quienes reconocen que los actos punible s de tentativa en ocasiones no pueden ser precisados a través de la acción típica principal, sino de una actividad *precedente.*

---

[26] *11 problema giuridico del tentativo,* p. 19, 1950. En criterio de PALACIOS, para VANNINI "la norma jurídica tiene por objeto formar en el destinatario estados de conciencia opuestos a lo que KELSEN titula la norma jurídica secundaria. Siempre, detrás del precepto que prohíbe u ordena, se encuentra otro precepto legal que condiciona la efectividad de la pena al cumplimiento o incumplimiento, respectivamente, de aquello vedado o requerido. La norma, con la amenaza, pretende que el sujeto evite el entuerto; por ello, para VANNINI, hay simple preparación cuando la sanción no combate con el propósito criminal, y existe ejecución si la actividad desarrollada por el sujeto entra en contraste con el contenido volitivo del precepto penal. Una es la intención de preparar el delito y otra la intención de llevar a término el delito mismo: los actos que cumplen aquella resolución son siempre preparatorios, mientras que los cumplidos 'con el exacto entendimiento de conducidos a término', son actos ejecutivos". *Ob. cit.,* pp. 104 Y 105.

[27] Expresión usada por PANNAIN en su *Manuale,* p. 444, al reconocer que en algunos casos no basta el acto típico inicial para concretar la tentativa, sino otro que no siéndolo es igualmente atentatorio del bien jurídico.

[28] Luigi SCARANO: *11 tentativo,* p. 10, Napoli, 1952. VANNINI se ve inducido por su fino criteriojurídico a admitir que la tentativa se construye no sólo por la actividad prevista en la hipó

tesis normativa sino en ocasiones también por la precedente. De ahí que 'por tentativa deba entenderse, según el citado autor, tanto la acción típica realizadora de una párte del hecho como tal vez la acción precedente a ella y lógicamente necesaria.a aquélla.

[29] M. E. MAYER. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts,* p. 351, 1915. Según el autor alemán, la tentativa debe conectarse, aun en mínima parte, con el hecho descrito en la norma penal, pero en ocasiones los actos de tentativa punible sólo pueden identificarse tomando en cuenta alguna actividad. precedente a la acción típica: PÁNNAIN: *Manuale di diritto penale,* Torino, 1950. Véase nota 31.

La crítica a esta construcción, basada en la agresión del bien jurí dico, es enderezada a la circunstancia de introducir, dentro del concepto de la tentativa, los actos precedentes, con lo que se confunden los ejecutivos con los preparatorios. Así, incurren en tal error FRANK y Von HIPPEL, para quienes hay tentativa también en las actividades anteriores, de carácter necesario, al comienzo de ejecución del delito, Con ligeras variantes, MITTERMAIER apoya la tesis de que "constituye tentativa no sólo el inicio de la ejecución que realiza una parte del hecho descrito en el precepto, sino también el acto precedente, lógicamente necesario a ésta que tiene por objeto inmediato la realización inicial del delito".[30]

Las propuestas anteriores, por sí mismas, no podían constituir un sistema. BIRKMEYER, dando unidad a tales ideas, estructura la teoría de la *eficacia causal* dentro de la cual los actos *preparatorios* tienen el carácter de *condición* y los *ejecutivos* de *causa;* en este orden de ideas, el acto ejecutivo sería el *coeficiente necesario* para la producción del resultado, el cual encuentra su apoyo en la condición (acto preparatorio) que se da en un momento anterior.[31]

A esta teoría se le ha reprochado el criterio de distinción entre acto preparatorio (condición) y acto ejecutivo (causa), por pugnar contra el concepto mismo de la causalidad. En la cadena de las causas todas son necesarias y nada distingue, hablando en sentido naturalista, las llamadas *condición y causa.* Por otra parte, resulta incorrecto hablar de causa en la tentativa, pues precisamente en el delito tentado no se da, tal relación causal por *inexistencia* del resultado.[32]

Muchas son las teorías elaboradas para precisar el criterio diferenciador entre los actos preparatorios y los ejecutivos y dar así conteni

---

[30] SCARANO, *ob. cit.,* p. 8.

[31] Expresa SCARANO que "la diferencia de actos de preparación y actos de ejecución, según BIRKMEYER, responde a la diferencia existente entre causa y condición. Según tal riterio, mientras el acto preparatorio seria una simple condición, el acto ejecutivo sería una causa auténtica del resultado criminoso. El acto ejecutivo no sería uno de los coeficientes, sino más bien el eficiente necesario para la producción del resultado sin el cual se podría verificar un resultado, pero no el resultado que en aquellas circunstancias, en aquel tiempo y en aquel espacio se ha producido.. *Ob. cit.,* p. 18.

[32] Hablar de causalidad, en sentido naturalista, con relación a la tentativa, es incurrir en una contradicción de términos -argumenta SCARANO-, pues la manifestación de voluntad proyectada a la comisión del delito no actúa como causa precisamente en razón de la ausencia del resultado, lo que demuestra su incapacidad intrínseca para producirlo. "Por otra parte -agrega textualmente- es imposible determinar el nexo de causalidad en sentido naturalista cuando falta uno de los términos de la relación. Para la existencia objetiva de una relación de causalidad, es necesaria la causa pero falta el otro coeficiente esencial como lo es el efecto. Ninguno podría afirmar con seguridad que una acción es causa si no se conoce el efecto de la misma. A todo lo anterior se debe agregar que si fuera exacta la teoría de la causalidad en sentido naturalista, no sería razonable existiera el problema de los medios en la tentativa, pues se conocería *a priori* qué actos serían idóneos y cuáles resultarían in idóneos, cuáles serían causales y cuáles no causales…"*Ob. cit.,* p. 20.

do al llamado "comienzo de ejecución", entre otras la de la *adecuación* y la de la *causalidad operante,* esta última elaborada por IMPALLOMENI.

Dándose fisonomía peculiar al problema de la causalidad en la tentativa, se acude al criterio de la *adecuación,* pretendiéndose reconstruir un nexo que en la verdad material y lógica no existe, para cuyo efecto se plantea *un juicio de probabilidad.* Como aclara Luigi SCARANO, se trata de "revelar una tendencia causal, no un nexo causal",[33] sirviendo para ello el mismo criterio de la teoría de la adecuación, es decir, la regularidad estadística que otorga idoneidad al acto para producir el resultado, criterio útil para una "previsión de causalidad" mas no para determinar, .en un sentido natural, una relación inexistente de causa a efecto.

Para IMPALLOMENI la causalidad *inerte* es peculiar en el acto preparatorio; en el ejecutivo tal causalidad *se pone en movimiento* hacia el fin delictuoso querido; de esa manera, es el *impulso movilizante* de la causalidad 10 distintivo entre uno y otro acto. El veneno comprado y no mezclado constituye una causaliq.ad inerte; cuando el veneno se ha mezclado en la comida, se pone en movimiento la causalidad: J3e está frente a una actividad *causal dinámica.*[34]

Este último criterio es a todas luces inadecuado, pues en la tentativa, al no realizarse, el resultado, deja de tener eficacia la distinción. VANNINI objetó inteligentemente que en el período de la causalidad en movimiento pueden también intervenir, desde la manifestación de la voluntad, actos puramente preparatorios.[35] Por otra parte, es incorrecto referirse a una causalidad inerte, pues la causalidad siempre está en movimiento y de esa manera tal condición causal es la compra del veneno, como el acto de mezclarlo en la comida.

Nosotros nos inclinamos a la concepción *objetiva,* llamada también *formal,* que identifica al acto ejecutivo siempre en función de la acción típica concreta, admitiendo, sin embargo, plenamente, las dificultades que en la práctica se presentan en algunos casos dudosos; en éstos, como excepción, no es posible hacer funcionar el criterio formal, debiendo dejarse, como confiesa MÜLLER,[36] al prudente arbitrio del juez el determinar cuáles actos son punibles y cuáles no 10 son, después de la investigación practicada en cada caso, criterio en parte admitido también por HAFTER.[37]

---

[33] *lbídem,* p. 21.
[34] *lnstituzioni di diritto penale,* p. 348,1921.
[35] *Ob. Cit.,* p. 84.
[36] *Die Abgrenzung von Verbereitung,* p. 32. Cit. por SCARANO, *ob. cit.,* p. 13.
[37] *Lebrbuch des Schweizerischen Strafrechts,* p. 203, Cit. por SCARANO, *ibídem.* p. 11.

5. INIDONEIDAD EN LOS MEDIOS Y FALTA DE OBJETO

Delito imposible se reputa aquella conducta que *no realizará nunca el resultado típico,* en virtud de la *inidoneidad de los medios empleados* por el agente[38] o bien por faltar *el objeto contra* el cual va dirigida, J. Ramón PALACIOS afirma:[39] "Sin objeto al que pueda lesionar la acción, ésta se pkrde en el vacío. La acción que no daña ni pone en peligro un bien jurídico, carece de antijuridicidad. Sancionar esa acción estéril es suprimir el juicio de prognosis póstuma, pues notoriamente no puede formularse sin el segundo término: el objeto. En el homicidio, en el aborto, en las lesiones, el objeto es el hombre o el feto, respectivamente. Si no hay objeto es porque no hay sujeto pasivo. El derecho a la vida supone al hombre; el derecho a nacer supone al feto; sin hombre no hay derecho, sea un cadáver, sea un hombre ficticio que nunca ha nacido. Pero, con la doctrina dominante, aun colocando en el trasplano al sujeto pasivo, el objeto mismo deshace la intención malvada, en cuanto que sin corporeidad, se estrella contra lo imposible. Punir la acción contra un objeto que sólo existe en la mente del que actúa, no es punir la acción, porque ésta nada es, sino el pensamiento manifestado...» MANZINI considera inidóneo un medio cuando aún estando unívocamente dirigido a un determinado delito, resulta en concreto que no. sólo es imposible con él la obtención de la finalidad delictuosa, "sino que el mismo constituye un obstáculo natural y necesario a la actuación eficaz de la voluntad debido a la aberrante actividad del agente".[40]

El propio MANZINI, distingue entre *inidoneidad* e *insuficiencia de medios.* Esta última significa *falta* de fuerza en el medio para llegar al resultado perseguido, mientras la primera es la *ausencia comPleta* de
potencia causa1.[41] El mismo autor ha diferenciado entre *in idoneidad inicial* y *sucesiva,* así como *general* y *parcial.* Otros autores distinguen entre la *absoluta* y la *relativa,* concluyendo en la punición de la tentativa cuando el medio empleado es por sí *idóneo* pero pierde su eficacia causal en el desarrollo de la acción, apareciendo como inidóneo en cuanto al resultado, así como en la no punición de la conducta cuan

---

[38] Ramón PALACIOS, partiendo del principio de que la tentativa requiere la antijuridicidad objetiva, afirma que lo caracterizable no es la intención unívocamente manifestada por el acto, sino la intención y el acto agresivo al bien tutelado, aclarando sólo puede haber agresión "cuando el medio es apto para producir el efecto prohibido por la norma penal. Si falta: la agresión por la imposibilidad absoluta, total, completa, en el caso concreto, no hay estado objetivo de peligro y ahí falta tentativa punible". No obstante, se ve obligado a precisar que la acción "carece en sí de valor" y la idoneidad "no es un concepto generalizable", correspondiendo al juzgador el análisis de cada.caso y de todos los factores antecedentes y concurrentes. "Demostrada la inidoneidad total-declara-, falta la puesta en peligro típico y en Derecho penal la tentativa punible." *Ob. cit.,* pp. 160 Y ss.

[39] *lbídem,* pp. 189 Y 190.

[40] *Tratado,* III, p. 195.

[41] *Loc. cit*

do la inidoneidad de medio, en su mismo origen, hace imposible el evento.

Se dice que el delito es *imposible* por *inexistencia del objeto* cuando falta el. *objeto jurídico* tutelado por la norma penal o bien el *objeto material,* o sea "el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condicion de hecho) respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente".[42] Así, por ejemplo, falta el *objeto jurídico* y el delito es *imposible,* en el acto de disparar sobre un cadáver creyendo que la persona tenía vida; en el apoderamiento de la cosa propia, aun cuando el agente la hubiera creído ajena. Falta el objeto *material* en las maniobras abortivas realizadas en mujer no embarazada, o en el acto de disparar contra una sombra o un bulto inanimado pensando se trata de un hombre.

La política adoptada en relación,a la punibilidad del delito imposible no ha seguido un criterio firme y recto. Ya hemos visto cómo en Alemania, a partir de Von BURI, se impuso la teoría subjetiva, llegándose a punir como actos de tentativa verdaderos delitos imposibles, criterio que ha tenido también representantes en Francia y otros países. La orientación subjetiva ha atendido, fundamentalmente, a la voluntad exteriorizada de producir un determinado resultado, con independencia de la realidad jurídica, siendo por ello punibles los actos, idóneos o inidóneos. El positivismo, que pregonó como fundamento de la pena la peligro!1idad del delincuente, propugnó por la punibilidad de la tentativa aun cuando ésta fuera imposible, si revelaba *temibilidad* en el autor de los actos, dejando impunes aquellos no reveladores de peligrosidad. Otros criterios han atendido a la *in idoneidad* de los medios empleados, dividiéndola en *absoluta y relativa.* [43]

El anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, redactado en el año de 1958, declara en su artículo 13, párrafo tercero: "Cuando por falta de idoneidad de los medios o por inexistencia del objeto jurídico o material, el delito es imposible, será sancionable ".[44] Según prescripción contenida en el artículo 50, párra-

---

[42] MANZINI, *ibídem,* p. 205.

[43] "La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquéllos actuaban, hacen imposible, por la ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso tantas veces citado del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente para producido en un caso concreto. Así, por ejemplo, se administra una sustancia efectivamente venenosa, pero en cantidad insuficiente para producir su efecto o se propina en la cantidad debida, sin producir consecuencias, por ser la víctima de naturaleza inmune a aquel determinado veneno, o en caso de ataque a la persona con arma blanca, si el apuñalado lleva una cota de malla. En la hipótesis del sujeto pasivo inexistente, la imposibilidad será absoluta cuando el sujeto no haya estado nunca en el lugar, y relativa cuando debiera verosímilmente estar ahí." LuisjlMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito,* p. 524.

[44] Hemos de admitir la solidez de los argumentos de Ramón PALACIOS cuando, refiriéndose a los partidarios de la punición del delito imposible, afirma que quedan sumergidos en

fo segundo, la penalidad aplicable será "hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponerse *(al autor)* si el delito. se hubiera consumado", siguiéndose aquí un criterio positivista que algunos estiman pasado de moda y en contradicción con la moderna idea sobre este instituto penal.

6. DELITOS EN LOS QUE NO ES POSIBLE HABLAR DE TENTATIVA

a) Dado que la tentativa requiere *representación* de la conducta o del hecho y *voluntariedad* en la ejecución de los actos, los *delitos culPosos no admiten esta forma incomPleta o imperfecta.* [45]

b) Igual sucede, teóricamente, en cuanto a los *delitos preterintencionales,* en los que el dolo está ausente respecto al resultado. Nuestro Código, al no admitir la preterintencionalidad hace dudoso referir la tentativa a tales delitos.

c) Tampoco es factible la tentativa en los llamados delitos de *ejecución simple,*[46] pues la exteriorización de la idea consuma el delito, fenómeno que sucede en los *atentados al pudor, injurias y uso de documento falso.* [47]

d) La tentativa no se da tampoco en los delitos de *omisión simPle* por surgir éstos en el momento en que se *omite la conducta esperada* al

---

nebulosidades de las abstracciones divorciadas del Derecho penal. "Lo decisivo en el juicio de atipicidad -dice- no es el error, sino la realidad. Lógicamente sólo un demente puede querer matar a quien sabe ha muerto. Por esto es certera la postura de GARÓFALO en referencia a estas hipótesis. Si el sujeto no perturbado mentalmente quiere matar a un sujeto, es porque cree que la víctima no ha fallecido. Su error viene como presupuesto interno del acto de voluntad. Entonces, sólo desde tal punto el" error desempeña un papel importante en el curso de la actividad desplegada, puesto que objetivamente, para la apreciación jurídica, ya no interesa el error mismo -sólo al positivismo de GARÓFALO que expresamente incluye, como fue dicho-, sino la acción que no se conforma a la exigencia típica. El objeto del delito precisa de una vida fenoménica, tiempo-espacial, sustantiva, material, y es ilógico y antijurídico querer detraerla del pensamiento del que agita. O se dan los elementos del tipo, o se dan... Cuando el Derecho penal -no el Preventivo- pena, castiga la tentativa imposible sobre objeto inexistente, transporta la punición al pensamiento, sepulta uno de los elementos del tipo accesorio, y forma un juicio de *tiPicidad,* cuando debiera ser de atipicidad-; es decir, crea un elemento del delito: el objeto. Resulta evidente que para el Positivismo penal merece el mismo trato la inexistencia absoluta del objeto que la in idoneidad absoluta de la acción: se aplica medida aseguradora, no por el *ente jurídico delito,* sino 'porla acción y la peligrosidad del sujeto." *Ob. cit.,* pp. 190-191.

[45] Ya CARRARA apuntaba la exigencia del conocimiento en el autor, de la potencia de los actos ejecutivos para hablar de infracción a la ley en el conato. "La culpa -expresa- tiene su esencia moral en la *JaIta de previsión* del efecto procurado con la propia acción. El conato tiene su esencia moral en la *previsión* de un efecto no obtenido y en la voluntad de obtenerlo. Por tanto, entre la culpa y el conato hay repugnancia de términos. Imaginar un *atentado culPoso* es lo mismo que soñar un monstruo lpgico (...)". *Programa,* parágrafo 366.

[46] "La tentativa no es posible -sostiene MANZINI- en los delitos de ejecución simple... porque no es posible escindir su proceso ejecutivo; y en los delitos en los cuales lo que constituirála preparación o el material de la tentativa de un delito mayor es incriminado como delito consumado por sí mismo." *Tratado,* III, p. 224.

[47] Algunos autores, como Eusebio GóMEZ, rechazan la posibilidad de cometer tentativa en los llamados delitos *jormales* o de *pura conducta.*

darse la condición exigida por la ley para actuar. Por tanto, no hay un *antes* en que pueda empezarse a omitir la acción esperada.

7. DELITOS EN QUE SI SE DA LA TENTATIVA

La tentativa se presenta en los:

a) Delitos dolosos integrados por un *proceso ejecutivo;*
b) Delitos *materiales;*
c) Delitos *complejos,* y
d) Delitos de *comisión por omisión.*

8. CRITERIOS QUE PRETENDEN FUNDAR LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

Son varios los criterios elaborados para justificar la punición de la tentativa. Podemos resumidos en los siguientes:
a) En razón del *peligro corrido;*
b) En razón de la *violación del mandato* contenido en la norma principal;
c) En razón de la *intención manifestada* reveladora de una concien cia malévola, atentatoria al Derecho.

La primera teoría, que tiene un crecido número de seguidores, fue sostenida principalmente por CARRARA, ORTOLÁN y FEUERBACH y parte de lá consideración de que aun cuando la tentativa no produce un daño real por no haberse consumado el evento, pone en "'peligro la seguridad, produce un daño político al cual se pone remedio político con el castigo de aquél a cuyos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna".

La teoría de la *voluntad exteriorizada* está representada principalmente por GARÓFALO y FERRI, denominándosela también teoría de la *peligrosidad objetiva en concreto.* Encuentra el fundamento de la punición de la tentativa en la *voluntad criminal exteriorizada,* atendiendo preferentemente no al hecho material en sí, sino a la intención traducida al exterior en actos peligrosos.

Van LISZT y Van HIPPEL defienden la *teoría del peligro,* la cual atiende exclusivamente a la peligrosidad exhibida por el agente al ejecutar actos, sean o no idóneos, para conducir al resultado perseguido.

Cualquiera de los criterios apuntados, por sí insuficiente, tiene un contenido de verdad innegablejustificador de la punición de la tentativa. Sea por la alarma social que provoca, bien por el peligro corrido o por otras causas, la ley sanciona la tentativa y ante la insatisfacción plena de las teorías expuestas MANZINI concluye por afirmar que la misma "es punible no por otra cosa sino porque constituye *violación*

voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político aceptado en la formación de la ley, y agrade o no agrade a los que se dedican a buscar cosas abstractas y paradójicas".[48]

9. LA RAZÓN QUE JUSTIFICA LA MENOR PUNICIÓN

Desde muy antiguo ha sido criterio general el sancionar la tentativa con pena atenuada o con la correspondiente al delito consumado. El Derecho romano la sancionó con la pena del delito consumado y sólo excepcionalmente la atenuó; esta regla de equiparación fue privativa de las actividades criminosas dirigidas a infringir el Derecho penal público, por afectar los intereses del Estado.

Con la evolución del Derecho, la regla expresada sufrió una total transformación: la tentativa y el delito frustrado se castigaron con penas atenuadas en relación al delito consumado, equiparándose las penas, como excepción, en los delitos graves que ponían en peligro la independencia o la soberanía del Estado.

En nuestra época la mayoría de los códigos sancionan la tentativa con pena inferior a la del delito consumado, adoptándose el criterio de punir, como casos de excepción, algunos *actos de ejecución* como si el evento se hubiera realizado, y aún simples *actos preparatorios,* como medida de política criminal tendiente a una mayor protección de ciertos bienes jurídicos considerados de categoría superior.

Se ha estimado que el punir en forma atenuada la tentativa obedece a un principio de justicia, pues no hay en ella producción del resultado. A tal razón se agrega una consideración de política criminal, como lo es el evitar la repetición de los hechos por parte del autor. A esto le

denomina MANZINI "un motivo de oportunidad política: el de crear en el delincuente un nuevo y eficaz motivo inhibitorio respecto a la repetición de la tentativa".[49]

En nuestro Código Penal Federal encontramos consignado el principio de la punición de la tentativa en el artículo 63, con una sanción hasta de las *dos terceras partes* de la que correspondería de 'haberse consumado el delito, teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 53 (el artículo 59 quedó derogado, según lo dispues

---

[48] *Ob. cit.,* p. 177.

[49] El anterior criterio fue ya esgrimido por BECCARIA, para brindar al autor motivos que lo alejen de reiterar su propósito criminal y llegar a la consumación. Para CARRARA, la pena debe ser adecuada al hecho y a su gravedad y por ello a la tentativa debe corresponder pena menor a la del delito perfecto o consumado. CRIVALLARI expone dos razones para sostener la aplicación de menor pena en la tentativa: una de simple justicia, pues no puede equipararse el peligro surgido del delito tentado al daño efectivo cansado por el delito consumado, y otra de política criminal, ya que de sostener la paridad de penas el delincuente carecería de interés para no repetir su intento delictivo.

to en el artículo 2 del Decreto del Congreso de la Unión de 29 de diciembre de 1984, promulgado por el Ejecutivo Federal en la misma fecha y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de enero de 1985), así como lo señalado en el párrafo segundo del artículo 51, adicionado en el propio Decreto antes mencionado, que a la letra dice: *"En los casos de los artículos* 61, 63, 64, 64 *bis y* 65 *Y cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según. corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres. días* ".

Siguiendo el principio consagrado en el artículo 51, la ley penal deja al juez arbitrio para fijar con sanciones correspondientes al responsable de tentativa punible, atendiendo a las circunstancias *objetivas* de comisión y a las *subjetivas* propias del autor. Ello nos lleva a afirmar que en nuestro código priva, según mandamiento del artículo 12, en su parte final, el más amplio arbitrio para individualizar las penas aplicables a casos de tentativas punibles, condicionándolo' a la culpabilidad del autor y al grado a que hubiese llegado éste en la ejecución del delito.

10. EL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO PENAL MEXICANO

El nuevo texto del artículo 12 del código penal federal afirma la existencia de la tentativa punible *"cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos, que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado* ': concepto apegado a la noción de la tentativa identificada con los *actos de ejecución* del delito, cuando éste *no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor.*

Recordemos que el primitivo texto del artículo 12 eludía referirse expresamente a los actos ejecutivos, pues se limitaba a declarar punible la tentativa, *"cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente",* no obstante lo cual interpretamos, durante su vigencia, que la ley sancionaba los *actos ejecutivos,* pues sólo éstos están encaminados *directa e inmediatamente a la realización de un delito,* dado que la palabra *directa* hace referencia a la dirección expresada por los hechos ejecutados, es decir, que revelan en forma unívoca la intención delictuosa, en tanto la *inmediatez* de los actos a la consumación del delito, ponían en claro su naturaleza ejecutiva, pues

en el proceso causal primero es el acto preparatorio y después el ejecutivo, éste más cercano que aquél del momento consumativo. En consecuencia, concluíamos, el artículo 12, pese a la deficiente redacción tan criticada, se refería no sólo a la dirección de los hechos reveladores de la intención del sujeto, sino además a la idoneidad de los actos ejecutados, o sea a su potencial eficacia causal respecto al resultado querido y buscado, aunque no consumado por causas ajenas a la voluntad del autor.

Con el nuevo texto del artículo 12, no hay duda que se toma el camino correcto, pues la *resolución* de cometer el delito debe exteriorizarse realizando en *parte* o *totalmente* los actos *ejecutivos* que deberían *producir el resultado,* u omitiendo los que deberían evitado, aludiéndose con ello también a los delitos de *comisión por omisión,* así como a la *in consumación* del delito por *causas ajenas* a la voluntad del agente.

Al comentar el texto del artículo 12, que se originó en las modificaciones al Código penal en 1983, habíamos señalado su deficiencia por cuanto, al referirse a la *ejecución* de la conducta, no se distinguía entre el *principio* de ejecución o de *inejecución,* en los delitos de comisión por omisión o comisión omisiva, y la tentativa *acabada* en que se *ejecuta* la conducta *agotando el proceso ejecutivo,* ya que en el primer caso se estaba frente a la tentativa propia o *inacabada* y en el segundo ante el delito frustrado o *tentativa acabada.* Mortunadamente el texto vigente subsanó dicha omisión y, como puede constatarse de su simple lectura, ahora la definición comprende ambas formas de la tentativa punible, pero en dicha ocasión hicimos notar que, no obstante la señalada deficiencia (si así pudiera llamársele), el abandono de la antigua distinción entre delito tentado o tentativa propia y delito frustrado, hacía ya indiferente el precisar en la fórmula legal, si la actividad o inactividad había quedado o no agotada o si se llegó o no al término de la ejecución o inejecución, pues en ambos casos existía una tentativa punible .y el interés de señalar el grado de la,actividad o inactividad delictuosas era exclusivamente para la fJjación de la pena, lo que se reafirma en el texto del segundo párrafo del artículo 12, originado en las mencionadas reformas, cuya redacción expresaba: *"Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo* 52, *el mayor* o *menor grado de aproximación al momento consumativo del delito".*

Ahora bien, la inconsumación del resultado tiene su origen en causas fortuitas que interrumpen la acción causal y hacen inútiles los actos realizados. Tales causas deben ser ajenas a la voluntad del autor y pueden provenir de fuerzas o fenómenos físicos o bien de la acción de terceros. Por tanto, no serán punible s dentro de ~a redaeión del artículo 12, aquellas tentativas en las que el resultado no se produce

en virtud del propio *desistimiento* del sujeto o por *arrepentimiento activo* de éste.

11. EL DESISTIMIENTO YEL ARREPENTIMIENTO ACTIVO

El *desistimiento* es la *interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto.* El desistimiento origina la *impunidad* de los actos ejecutivos realizados cuando éstos, por sí, no constituyen delito. Precisa WELZEL el carácter *voluntario* del desistimiento cuando tiene lugar con independencia de los factores forzosos impedientes del resultado.

El desistimiento es *voluntario* cuando el autor se dice: "yo no quie ro a pesar de que puedo"; es *involuntario* cuando el autor se dice: "yo no puedo, aunque quisiera".[50] En el robo hay desistimiento voluntario si el agente abandona la idea y la ejecución material dejando inconsumado el delito por el escaso valor de la cosa; es involuntario cuando el descubrimiento de la actividad ejecutiva impide la realización integral de la conducta.[51] Es pues esencial, en el desistimiento, la *voluntad del autor* cuando éste es el (actor impiden te del resultado.[52]

El llamado *arrepentimiento activo,* por su naturaleza, sólo puede presentarse en la *tentativa acabada* cuando el agente ha agotado *todo el proceso ejecutivo* del delito y *el resultado no se produce por causas propias.* Ello supone no un simple desistimiento sino una *actividad* desarrollada por el mismo autor que *impide* la consumación del delito interrumpiendo el curso causal de la acción.

Aunque inicialmente el Código penal no se refirió al *desistimiento* ni al llamado *arrepentimiento activo,* por ser ello innecesario y deducirse a través de la interpretación lógica del precepto relativo a la tentativa, ahora el artículo 21 del vigente Código en el Distrito Federal precisa que *"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución* o *impide la consumación del delito, no se le impondrá pena* o *medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se impondrá la pena* o *medida señalada para éste",* términos más o menos semejantes a los empleados en el tercer párrafo del artículo 12 del vigente Código Penal Federal.

---

50 DlITecho.Penal. Parte GenllTal, p. 201, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

51 Hans WELZEL, *loco cit.*

52 En criterio de PUle PEÑA son notas típicas del desistimiento: *a)* Que *el autor interrumpa* el proceso delictivo y *b)* Que esa interrupción sea debida a su *propia y espontánea voluntad, ob. cit.,* pp. 206 Y 207.

JURISPRUDENCIA [53]

"TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE. El Código Penal vigente en el Distrito Federal, no define la tentativa, sino que señala, en su artículo 12, cuándo es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace 'cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente'. La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente; cuando éste desiste espontáneamente de su propósito, se está en presencia de la tentativa no punible, impunidad que se funda en razones de política criminal, en cuanto conviene a los fines de ésta, estimular los desistimientos. El código de 1931, ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias una, de causalidad, otra, en razón de tiempo: por la primera se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado o sea, que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con,.el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y hechos mismo, en tal forma, que aquéllos sean precisamente inmediatos a éste; requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requieren. La instigación al delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo, en tanto que se traduzca en la ejecución material del delito, en cualquiera de sus grados. En este último caso, puede surgir la incriminación correspondiente, conforme a las prevenciones del artículo 13 del Código Penal; pero cuando no se lesiona bien jurídico alguno, la instigación, estéril de sus resultados, no es sancionable, y por esta consideración es imposible hablar de auto ría intelectual en un
delito que no se exterioriza materialmente. Ahora bien, si existen indicios suficientes que permiten suponer que el acusado fungió de intermediario entre una persona y las comisionadas para ejecutar materialmente un homicidio, estos actos de mediación e inducción al delito, no son
jurídicamente hablando, los que, por su índole personal, no pueden delegarse en tercero; cuando, esto ocurre, el autor intelectual no ejecuta hechos materiales, induce a otros a cometerlos, asumiendo la responsabilidad inherente a los hechos resultantes de su instigación al delito."

Amparo penal en revisión 915/38. Fallado el 27 de octubre de 1938. Mayoría de tres votos. Disii:lentes: Rodolfo Chávez y Rodolfo Asiáin. La publicación no menciona el nombre del ponente. Pri~era Sala, *Semana-*

---

53 El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran prop~ente jurisprudencia.

río judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LVIII, página 1235 *(UIS:* 310152).

"TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE. Aun cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaran no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecerse la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871 se designaban como conato, delito intentado y delito frustrado correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, aquél que en la consumación "fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon". El propio precepto no define la tentativa; pero señala en qué casos es punible: "cuando se ejecutan hechos encaminados d,irecta e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista la tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el bien deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente;: de ese propósito, no se considerará punible la tentativa."

Amparo penal directo 133/45. FallaC!0 el 27 de julio 1945. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre; del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXXV, página 614 *(IUS: 304901).*

"TENTATIVA. ELEMENTOS DEL DEUTO DE. La tentativa se integra con dos elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer un delito y el objetivo consistente en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 323/91. Fallado el13 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Amparo en revisión 495/92. Fallado el 20 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo directo 574/92. Fallado el19 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Amparo directo 29/93. Fallado el12 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón .Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Amparo directo 333/93. Fallado el 20 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna. Tribunales Colegi~dos de Circuito, *Gaceta del Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, número 77, mayo de 1994, tesis VI.2!! J/275, página 74 *(lUS:* 212462).

"TENTATIVA, ES INEXISTENTE SI LOS HECHOS EJECUTADOS SON DE SIGNIFICADO EQUÍVOCO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Si la tentativa, en términos de lo dispuesto por el artículo 20 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, consiste en la ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación de un delito, que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; así los hechos que se imputan a esté no son configurativos de delito, o bien, son de significado equívoco, tales hechos preparatorios no deben considerarse como constitutivos de tentativa."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 356/89. Fallado el8 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Manuel Acosta Tzintzun. Amparo directo 467/90. Fallado el 15 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

Amparo en revisión 33/91. Fallado el 24 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra. Tribuna!es Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo VII-Marzo, página 219 *(lUS: 223462).*

"TENTATIVA, HOMICIDio CALIFICADO EN GRADO DE, INEXISTENTE. La tentativa punible co~stituye un grado en la ejecución del delito, el cual no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor, y si los datos probatorios ponen de relieve exclusivamente que tanto el inculpado como sus coacusados pretendían llevar acabo los actos necesarios para privar de la vida al ofendido, éstos no pueden considerarse constitutivos de una tentativa, si en ningún momento realizaron actos de ejecución del homicidio, sino preparatorios de los mismos. Debe tenerse presente que la sola circunstancia de que el inculpado hubiese confesado su propósito delictivo, no es base suficiente para sancionar una tentativa inexistente, pues ello nos llevaría a un subjetivismo absurdo que daría origen a sancionar el puro propósito o la intención, sin que ésta se hubiese manifestado en actos ejecutivos del delito."

Amparo directo 2087/81. Fallado el15 de enero de 1982. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente. Amparo directo 2248/81. Fallado el 15 de enero de 1982. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente. Amparo directo 5225/81. Fallado el15 de enero de 1982. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente. Secretario: Fernando Her!lández Reyes. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volúmenes 157-162, Segunda Parte, página 141 *(lUS: 234539).*

"TENTATIVA IMPOSIBLE POR FALTA DE OBJETO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO y TERRITORIOS FEDERALES, Y DEL EsrADO DE DURANGO). El artículo 611 del Código Penal del Estado de Durango, cuyo contenido es idéntico al del artículo12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en materia federal, no contempla los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un no delito, sino de un hecho típico definido por la ley como delito; luego entonces, si el acusa

do amenazó a la víctima con privarla de la vida si no entregaba una suma de dinero en hora y lugar prefijados, y el sujeto pasivo sólo llevó a ese sitio un sobre cerrado, sin dinero ni valores en su interior, se debe afirmar que el apoderamiento del sobre,por parte del procesado, constituye una tentativa imposible de robo, porque no se puede robar lo que no existe, y tampoco se puede empezar a robar lo que no existe. Por lo mismo, la conducta es atípica por falta de objeto material sobre el que pudiera recaer la intención criminosa."

Amparo directo 3663/65. Fallado el 24 de noviembre de 1970. Cinco votos. Ponente: J. Ramón Pal~cios Vargas. Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 23, Séptima Parte, página *97 (IUS: 246281).*

"TENTATIVA INEXISTENTE. La tentativa punible es 'un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa."

Sexta Época: Amparo directo 875/51. Fallado el 19 de julio de 1955. Cinco votos. Amparo directo 5158/57. Fallado ellO de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 1094/57. Fallado el 27 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2633/60. Fallado el 24 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3541/61. Fallado el4 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Primera Sala, *Apéndice* 1917-1995, Tomo 11, Primera Parte, tesis 349, página 193 *(IUS: 390218).*

"TENTATIVA. LESIONES. El delito de lesiones en grado de tentativa se encuentra perfectamente integrado si el reo disparó con el propósito directo e inmediato de lesionar al ofendido, sin haberlo conseguido, por causas ajenas a su voluntad. "

Amparo directo 4033/58. Fallado el 20 de octubre de 1958. Cinco vo tos. Ponente: Rod,olfo Chávez S. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XVI, Segunda Parte, página 254 *(IUS:* 263573).

"TENTATIVA, PARA QUE SEA PUNIBLE REQUIERE LA EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA QUE DEBERÍA PRODUCIR EL DELITO. La sola pretensión de comprar droga, no puede, por sí sola ubicarse dentro de la figura típica de la tentativa, por ser un acto preparatorio de carácter ambiguo que como tal, no es posible su determinación en relación precisa con el delito que se va a cometer. Por ende, no puede concluirse que con ese proceder, se hubiese ejecutado la conducta que debería producir el delito y que éste no llegare a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, que es como quedótipificada la tentativa en el artículo 12 del Código Penal Federal después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, de catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 160/90. Fallado el 3 de diciembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Secretario: Secundino López

Dueñas. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo VII-Enero, página 498 *(laS:* 224275).

"TENTATIvA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA. Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando "se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son: *a)* un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; *b)* un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y *e)* un resultado no verificado por causas ajenas ala voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución."

Amparo directo 5627/82. Fallado el 26 de enero de 1983. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón,Vasconcelos. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 169-174, Segunda parte, página 154 *(laS:* 234401).

"TENTATIVA PUNIBLE. REQUIERE UN PRINCIPIO DE EJECUCIÓN. Aun cuando la conducta realizada por los acusados se hizo consistir en que, comisionados por una tefcera persona, estuvieron "ofreciendo en venta" la marihuana relacionada con la causa, la cual era propiedad de este último sujeto, sin embargo, tal actividad del 'ofrecimiento en venta de la droga' no puede por sí sola encuadrarse dentro de la figura típica de la tentativa por constituir tan sólo un acto preparatorio y no ya un principio de ejecución del delito. A este respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que 'la tentativa punible, para surtirse, no requiere de meras actitudes que permitan suponer con más o menos fundamento que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución de ese delito, el cual no llega a su consumación por el concurso de una fuerza extraña al autor que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente; estos a<;tos, que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, que individualizan la tentativa, ordinariamente se identifican como tales en cuanto constituyen medios idóneos o aptos para causar la lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el autor, y por no llegar a la meta propuesta entraña un mero peligro a dicho bien' (V. *Apéndice* de jurisprudencia de 1985, página 578). Y aunque lo anterior se sostuvo con referencia a la modalidad de compra en grado de tentativa del delito contra la salud, lo mismo debe sostenerse respecto a la moda

lidad de venta, pues así como la sola prome.sa de compra no es, de acuerdo con el anterior criterio, 'un acto ni directa ni inmediatamente dirigido a la consumación, sino mero acto previo o preparatorio', en igual sentido debe entenderse el acto por el cual únicamente se ofrece en venta la droga. No pasa desapercibido el hecho de que el anterior criterio se sostuvo sobre la base de los elementos propios de la tentativa, sustraídos de una definición que actualmente ho rige, ya que el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la Reforma publicada en el Diario Oficial del catorce de enero de mil novecknтos ochenta y cinco, ya no define a la tentativa como 'la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente', sino que ahora se habla de que "existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producido u. omitiendo la que debería evitado, si aquél no se consuma por éausas ajenas a la vo.untad del agente". Sin embargo, esta nueva redacción del precepto citado, no excluye ninguno de los elementos de la' anterior definición, a saber: *a)* La intención de cometer un delito; *b)* La ejecución de los ac.tos encaminados directa e inmediatamente a la consumación del mismo; y *c)* El resultado que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Sólo que ahora, la nueva redacción admite específicamente la hipótesis del delito intentado por omisión o inejecución y reafirma la necesaria idoneidad de los medios de cometedo, al referirse a la ejecución de la conducta que debería producido o a la omisión de la q'Ue debería evitado."

Amparo directo 5065/86. Fallado el16 de febrero de 1987. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 217-228, Segunda Parte, página 72 *(lUS:* 234021).

"TRÁFICO DE DROGAS, HECHOS QUE EVIDENCIAN LA COAUTORÍA EN EL DELITO DE. Si del sumario aparece probado que el quejoso aceptó la comisión de un tercero para que consiguiera goma de opio para un comprador desconocido y en cumplimiento de este acuerdo puso en contacto a un traficante de drogas enervantes con dicho comprador, que posteriormente resultó ser un agente federal comisionado para combatir el tráfico, si se atiende al concepto económico de tráfico, debe convenirse en que la condición del quejoso es de verdadera coautoría en la modalidad de tráfico de sustancias enervantes, perfectamente consumada, no sólo dentro del realismo penal, sino del concepto jurídico del contrato de compraventa que se consuma cuando las partes están acordes en la cosa y en el precio aunque aquélla no se entregue ni éste se haya pagado ya que si después de concertada la operación con intervención directa del quejoso, no llegó a realizarse la materialidad del ac::to por haberse descubierto que el supuesto comprador era en realidad de la policía federal, resulta inconcuso que la conducta del quejoso se encuentra. enmarcada no sólo en la fracción III del artículo 13 del Código Penal, sino en la fracción 1, por esa intervención directa en la compraventa y, dado que el juzgador consideró como tentativa dichos actos y éstos no están relacionados con

algo no consumado, es innecesario abordar el problema de si puede haber concurso de auxilio o cooperación para un delito que no llega a copsumarse, ya que el error del tribunal no afecta a la naturaleza de las cosas y favorece al quejoso, por lo que se descarta la posibilidad de ampararlo."

Amparo directo 4046/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 14 de ju

nio de 1957. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXXII, página 391 *(IUS: 292657).*

"VIOLACIÓN, ACTOS PREPARATORIOS NO PUNIBLES. Si está probado que el ahora quejoso tenía, intención de copular con la menor, tal intención por sí misma no es punible y el solo hecho de que intentó tirarla al suelo, según lo expresa la misma ofendida y que le haya manifestado que quería estar con ella, no puede estimarse técnicamente como actos ejecutivos del delito, o dicho de otra forma, que tal proceder del quejoso no integra la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, pues por su propia naturale'za-los->aetos.realizados, aunque sean unívocos, por cuanto revelan la intención del sujeto, no son actos ejecutivos sino meros actos preparatorios no punibles, por lo que la sentencia reclamada en esta vía, al condenar al quejoso como responsable del delito de violación en grado de tentativa, es violatoria."

Amparo directo 7651/60. Fallado el 14 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José Gonzá]ez Bustamante. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XLVI, Segunda Parte, página 34 *(IUS: 261004).*

"VIOLACIÓN, DELITO DE, EN GRADO DE TENTATNA. Conforme a los artículos 265 y 266 del Código Penal, vigente en el Distrito Federal, comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, y se equipara a la violencia, la cópula efectuada con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa, no pudiera resistir; y de conformidad con el artículo 12 del propio código, hay tentativa punible, cuando se ejecutan hechos encaminados directamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Ahora bien, si se comprueba que el ejecutado ejercitó actos que tendieron a verificar la cópula con una niña menor de nueve años, la violencia se desprende del hecho que la ofendida, dada su edad, no podía resistir a los actos ejecutados en ella, y si el dictamen médico legal consta que la ofendida presentaba equimosis en los órganos genitales e igualmente se justifica que el acusado no logró llegar al final de sus deseos, por causas ajenas a su voluntad, como lo es la de haber sido sorprendido en el momento de consumar los hechos, aquél es reo del delito de violación en grado de tentativa, y la sentencia que así lo declara, no es violatoria de garantías."

Amparo directo 46/36. Fallado el9 de enero de 1937. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre <!el ponente. Primera Sala, *Semana,rio judicial de la Federación,* Quinta tpoca, Tomo LI, página 150 *(IUS: 311115).*

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios del Código Penal,* 1, P edición, Murcia, 1946; GÓMEZ, Eusebio: *Tratado de Derecho Penal,* 1, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939;jIMÉNEZ DE AsÚA, Luis: *La ley y el delito,* Ed. Hermes, 2' edición, 1954; LISZT, Franz Von: *Tratado de Derecho Penal,* 111, Ed. Reus, Madrid, 1929. Trad. Luis jIMÉNEZ DE AsÚA; MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal,* 11, Ed. Témis, Bogotá, 1954; MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal,* 111, Ediar Editores, Buenos Aires, 1949. Trad. Ricardo C. NÚÑEZ y Ernesto GAVIER; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* 11, Madrid, 1957. Trad. josé Arturo RODRÍGUEZ MuÑoz; PALACIOS, j. Ramón: *La" Tentativa. El mínimo de ilicitud penal,* Imprenta Universitaria, México, 195í; PANNAIN, Remo: *Manuale di Diritto Penale,* Torino, 1950; SCARANO, Luigi: *11 Tentativo,* Napoli, 1952; VANNINI, Ottorino: *Il problema giuridico del tentativo,* ed. 1950; WELZEL, Hans: *Derecho Penal, Parte Genera~* Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

CAPÍTULO XXV

LA PARTICIPACIÓN DELICTUOSA

SUMARIO

1. Introducción.-2. Concurso nec~sario y concurso eventual de sujetos.-3. Concepto.-4. Naturaleza.-5. Requisitos de la participación.6. Formas de la participación.-7. Autores, coautores y cómplices.8. Concurso culposo en delito doloso.-9. La participación en el delito culposo.-l0. Concurso doloso en delito culposo.-ll. La comunicabilidad de las circunstancias.-12. El encubrimiento.

1. INTRODUCCIÓN

La participación es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron.

Así como se reconoce que el hombre, con su condúcta, puede vulnerar *varias normas,* dando origen al *concurso de delitos,* igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir *una sola norma.* En el primer caso hay *pluralidad de delitos;* en el segundo, *unidad en el delito!* con *concurso de sujetos.*

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, MAGGIORE2 empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o *monosubjetivos* y delitos colectivos o *plurisubjetivos,* en razón de la exigencia típica referida a los *sujetos activos* en el, delito; éste es *unisubjetivo* cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque *eventualmente* pue?an realizado varias; es *plurisubjetivo* cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

---

[1] Destaca SOLER, apoyándose en BELlNG *(Die Lehre von Verbrechen),* el carácter unitario de la participación. La obra de varias personas, dice el conocido autor argentino, sólo puede ser atribuida a todos cuando constituye algo "jurídicamente unitario", lo que implica.convergencia en el senúdo de las acciones, por más que objetivamente pueda considerárseles dispares. *Derecho Penal Argentino,* 11, pp. 266 y 267, Buenos Aires, 1951.

2 Derecho Penal, 11, p. 96, 5& edición, Bogotá, 1954.

2. CONCURSO NECESARIO Y CONCURSO EVENTUAL DE SUJETOS

Hecha tal distinción, debe separarse el *concurso necesario,* en virtud de que la exigencia del tipo. precisa la participación de *varias personas* sin cuyo presupuesta el delito. no existe, del llamada *concurso eventual* en dande, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varias sujetas hace nacer el cancursa en el delito., al cual se le denamina "eventual" a *particiPación proPia.*

El artículo. 164 del Código. Penal Federal, punitiva de la participación en una asaciación a banda de tres a más persanas arganizada para delinquir, par el sala hecha de ser miembro. de la asaciación e independientemente de la pena que merezca el delito. cametida, tipifica un delito. *plurisubjetivo* y quienes participan tiene el carácter de *autores* en farma *necesaria,* pues la descripción del hecha requiere la cancurrencia de canductas culpables. Par el cantraria, si en el hamicidia intervienen varias persanas, tanta en su preparación *cama* en su ejecución, tacanda a cada una de ellas diversa actividad dentro. de la unidad del prapósita cancebida, el canjunto. de sus co.nductas, *convergentes* a la pro.ducción del resultado., da o.rigen al *concurso eventual* o. *participación delictuosa.* .

3. CONCEPTO

De lo. expuesto. se infiere que para la existencia de lp participación a co.ncurso. eventual de sujeto.s se requiere: a) *Unidad* en el delito., y b) *Pluralidad* de perso.nas. Sólo. co.~ eso.s elemento.s es.po.sible, co.mo. afirma CAVALLO,3 elabo.rar el cancepto. de la participación criminal, siendo. necesarip para establecer la definición del co.ncurso. partir del co.ncepto. de *autor* del delito..4

4. NATURALEZA

No.rmalmente se identifica a la participación co.n el pro.blema de la *causalidad,* pues la intervención de varias persanas, sea directa a indirecta, en la pro.ducción del delito., <;alo.can su particular actuar en el rango. de co.ndicio.nes que, en co.njunto. pro.ducen el resultado. típico.. Tal identidad ha sido. exagerada, pretendiéndo.se que el mismo. criterio. privatista en la causalidad, es eficaz para reso.lver lo.s pro.blemas de la participación. Co.mo. simple ejemplo., invo.camo.s el artículo. 58 del Código. de No.ruega, el cual partiendo. de la idea de l.a *equivalencia de*

---

3 *Diritto Penale,* n, p. 762, Napoli, 1955.

4 CAvALLO. *Loc. cit.*

las condiciones otorga el carácter de *partícipe* a quien interviene en el delito con anterioridad, concomitantemente o con posterioridad a él, sin establecer criterio alguno de exclusión, lo que notoriamente lleva a grandes errores. .

Para la teoría de la *adecuación,* lo mismo para la de la *causalidad eficiente,* al distinguir la *causa* de la *condición,* la actividad del a,utor constituye la *causa del delito,* destacando de la de los partícipes por cuanto a su eficacia causal. Así, por ejemplo, quien en la esquina vi-o gila, para avisar a sus compañeros, la posible llegada de la policía, mientras éstos realizan el saqueo nocturno de la casa sin vigilancia o custodia, a pesar de no realizar actividad coincidente con la constitutiva del robo, sin lugar a duda está *participando* con su actuar en la comisión de tal delito; los que se *apoderan* del botín dan vida a la actividad descrita en el tipo y por ello son autores (causa), pues la conducta desarrollada tiene mayor *eficacia causal* o es la *adecuada* en el 'resultado, mientras el primero adquiere la categoría de *partíciPe,* dado que su actuar, aun siendo condición causal, no tiene igual eficacia o bien no resulta la condición adecuada.

Sin desconocer que el estudio de la participación puede tener algún contacto con el de la causalidad, no todos los problemas del concurso encuentran solución en el citado criterio, pues la aportación de cada partícipe no puede estar sujeta a una "preordenada catalogación", ya que el hecho concreto varía en forma extraordinaria. Por otra parte, aun cuando en principio el criterio de la causalidad nos es de utilidad manifiesta, no resulta totalmente eficaz en la práctica, pues al problema de determinar cuál es la condición que tiene el carácter de causa (de aplicarse alguna teoría individualizadora), se agrega el de no proponer criterio alguno subjetivo que permita precisar el carácter de condición causal respecto a la conducta del sujeto, por más que la aplicación de la causalidad, por el Tribunal Supremo de Berlín, haya pretendido encontrar precisamente en el aspecto subjetivo el medio adecuado para determinar las formas de participación en el delito.5

Otro criterio, inclinado a resolver tan ingente cuestión, e~ elllamado de la *autonomía,6* el cual afirma que la participación es una

---

5 Si la causalidad forma parte del *hecho,* elemento de naturaleza objetiva, por ser su fin determinar si el resultado es atribuible, como su afecto, a la conducta del sttleto, como su causa, su aplicación al ámbito de la participación sólo resolverá la cuestión de saber si" las conductas concursantes son causales respecto al resultado, con independencia absoluta de la culp...bilid...d de l ..... peT"o",,,,,, qu.e p"'Ttid.p""" e", el ddito. Et.t?",do ? "'ueM.TO juicio sin resolver

aún la pretendida distinción entre causa y condición causal, nos parece exagerado el criterio de BIRKMEYER *(Teilnahme am Verbrechen)* de que sería *autor* aquél cuya acción es causa y *cómPlice* la persona que con su conducta pone una simple condición en el resultado.

6 MASSARI, autor de tal criterio *(11 momento esecutivo del reato),* equivoca lamentablemente los conceptos de acción y delito, así como el de excusas legales (exc1uyentes de penalidad en razón de circunstancias personales) y causas de justificación. Quien participa en el hecho *lícito* de otro (homicidio por legítima defensa, por ejemplo) es indudablemente inocente en el deli

pluralidad de delitos en virtud de constituir cada conducta su *causa* en diverso impulsor humano, debiendo por tanto corresponderles penas propias al ser autónomas unas de otras. Contra semejante idea se rebela FLORIÁN, para quien el delito es una *unidad subj'!tiva* y tanto los actos principales como los accesorios *convergen* hacia el mismo fin y por ende hacia el mismo delito.7

Una tercera teoría, apoyada en labor de síntesis, afirma la punición de los actos ejecutados por cada *partícipe,* en una medida acorde con su mayor o menor aportación *objetiva* en la realización de 10 que "indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad...".8

Gran aceptación tuvo en el pasado la teoría de la accesoriedad, tal como fue formulada en un principio. Partiendo de. la concepción *monista* o unitaria, que sólo admite el problema de la participación como un delito único, *pretende encontrar al autor en quien ejecuta los actos descritos en el tiPo penal;* los demás actos, ejecutados por distintos sujetos, están en relación *accesoria* con aquél (autor principal), pero quedan unidos a él en virtud del *querer común, del propósito idéntico.*

Para esta teoría, no puede concebirse la participación con relevancia de autonomía; 10 accesorio adquiere importancia *en cuanto se adhiere al hecho realizado por el autor.* De ahí que, como expresa CAVALLO, *autores* 10 son quienes *intervienen en la comisión de los actos ejecutivos* y *partíciPes* "los que se adhieren mediante actos diversos a la actividad de aquéllos".9 Tal enlace, a través del cual se conectan los actos accesorios al principal, no puede ser sino de naturaleza *psíquica* y consistente precisamente en la *ider¿tidad de la intención.*

Tal como ha quedado expuesta, la tesis de la *accesoriedad* parece ser la correcta, pues basándose en la necesaria *relación subjetiva* de los actos realizados y partiendo de la concepción *unitaria* de la participación, pretende resolver la cuestión de identificar al autor a través de la *actividad principal-extraída* de la descrita en el tipo-, estableciendo la obligada jerarquía entre aquél y los partícipes, por cuanto éstosto de homicidio, pero de ahí no es lógico inferir que q~ien participa con quien por razones personales está exento de pena, como ocurría en el derogado artículo 377 del Código penal, no cometa delito, pues las. circunstancias estrictamente *personales* benefician a quien las reúna con exclusión de los demás.

---

7 Raúl CARRANCÁ y RIvAS observa que ya CARRARA había establecido idéntico criterio. "Y es ocasión de recordar -dice el autor mexicano-, que la unidad del delito simplifica el proceso técnico jurídico y que, además, sirve para distinguir las distintas imputaciones que se aúnan en el concurso. Aceptamos, desde luego, que no se puede hablar de varios delitos en los casos de esta participación, pues si la voluntad y la acción obedecen a un solo y mismo impulso es evidente la unidad del resultado punible". *La Participación Delictuosa. Doctrina y Ley Penal,* p. 113, México, 1957.

S Ignacio VIUALOBOS: *Derecho Penal Mexicano,* p. 463, 2' edición, Editorial Porrúa, S. A.,
México, 1960.

9 Ob. cit., p. 770.

se encuentran en *dependencia accesoria* de carácter material, aun cuando en *concordancia psíquica con él.* No obstante, se han puesto de relieve por sus opositoreslO las consecuencias inadmisibles de su aplicación integral, por originar impunidad de las conductas *accesorias* en aquellos casos en que la acción principal, y por ello el autor, debe quedar sin pena. Si un sujeto "A" , por ejemplo, instiga a "B" a cometer un homicidio y éste no puede ser declarado culpable, por encontrarse al cometer el hecho bajo un trastorno mental permanente, la estricta aplicación de la accesoriedad declararía la impunidad de "A", pues su conducta ha sido accesoria de la de "B" (realiza materialmente el homicidio) y ésta indudablemente, a pesar de típica y antijurídica, no puede ser *culPable* por estar ausente en el sujeto la capacidad de entender y de querer el resultado lesivo. El estrecho concepto de *autor,* ya precisado, llevó a los dogmáticos alemanes a construir la noción del *autor mediato,* resultando ser éste no sólo quien *ejecuta el hecho por ~í* sino también quien lo *ejecuta por conducto de otro,* inculpable, teniendo el último el carácter de puro instrumento en manos de aquél.l1 Guillermo SAUER destaca el hecho indudable del fracaso de la construcción de la accesoriedad respecto al instituto de la *complicidad,* pues "¡un auxilio punible al hecho de un inculpable queda impune I ".

Tratando de paliar los excesos de la teoría se pretendió restringir el alcance de la accesoriedad, de manera tal que la participación no implicara, como fundamento, un hecho *antijurídico* y culpable sino únicamente *antijurídico;* con ello se pensó evadir el problema de los autores inculpables y conectar la responsabilidad al hecho antijurídico de otro.

DEUTALA y V ANNINI han observado que el carácter punible de la participación depende de la calificación *objetivamente antijurídica* dela acción realizada por el autor principal. Visto así el fundamento de la participación, para nada interesa la *culpabilidad* de quien realiza la actividad típica, contradiciendo la posición de quienes condicionan la punibilidad de los actos de participación a una acción principal antijurídica y culpable, Ante ese estado de cosas, SAUER considera sería dar un paso adelante el renunciar no sólo a la culpabilidad de la conducta principal sino también a su antijuridicidad como presupuesto de la participación, con lo cual se obtendría un concepto simple y natural de ella.[I2]

---

[10] Entre ellos FRANK y V. HIPPEL.

[11] "Esta extensión ('expansión') del concepto de autor y la 'figura' del autor mediato -comenta Guillermo SAUER- no constituyen ninguna realidad natural, sino son realidades artificiales; se apoyan en consideraciones normativas, las cuales, aunque necesarias y permitidas, no deben conducir a construcciones extrañas a la vida." *Derecho Penal (Parte Genéral),* p. 302, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1956. Trad.Juan DEL ROSAL Y José CEREZO.

12 *Ob. cit.,* p. 304.

En México, CASTELLANOS TENA se inclinó en otro tiempo en favor de la accesoriedad, considerando ésta la teoría correcta.[13] FRANCO GuzMÁN cree encontrar una nueva teoría "basada en la accesoriedad pero distinguiendo entre autores y partícipes: los autores son aquellos que observando objetivamente los actos realizados y examinando subjetivamente la intención asumida, deben considerarse causa con relación al resultado. Los partícipes serían quienes objetiva y subjetivamente considerados no pudieran ser causa en el resultado". En criterio de FRANCO GUZMÁN, su posición resume las teorías de la accesoriedad y la causalidad y, en su opinión, sólo utilizando tales conceptos se puede resolver el problema de la naturaleza de esta institución jurídica.[14]

Ahora bien, ¿cuál de los criterios expuestos puede fundamentar la participación en nuestro Derecho positivo? Desde luego, hemos de reconocer con MEZGER que el *punto de arranque de toda teoría jurídico penal de la participación es la teoría de la causalidad,* pues sólo pueden ser consideradas punibles aquellas conductas que se encuentran en relación causal con el resultado; de esta manera pueden eliminarse las no causales y por ello excluirse de responsabilidad a sus autores.

Lo anterior, útil para establecer el punto de partida de la conexión objetiva o material de las conductas participantes, no resulta suficiente a determinar las formas de participación y el grado de responsabilidad de los partícipes. El propio MEZGER reconoce el hecho innegable

---

[13] *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* p. 298, Editorialjurídica Mexicana, México, 1959. A últimas fechas, CAsTELLANOS TENA ha cambiado de opinión, pues si en un principio se adhirió abiertamente a nuestro criterio, en la Décima edición de sus *Lineamientos* y al hacer el comentario sintético sobre el problema, textualmente dice; .Ciertamente en el delito realizado por varias personas (cuando el tipo no exige plurisubjetividad). sólo deben tenerse como delincuentes quienes convergen con su influjo a la causación del hecho descrito por la ley; pero conviene no perder de vista que la teoría de la causalidad -en otra parte estudiada- únicamente resuelve el problema de la determinación de la causa en el mundo fenomenológico-; por ende, urge tener presente lo expuesto sobre el particular, en cuanto a que precisa analizar si el comportamiento de quien contribuyó a constituir la causa productora del resultado, quedó matizado de delictuosidad, en función de todos los elementos del ilícito penal. Tomada en sentido demasiado rigorista la doctrina de la causalidad, ha llevad? a afirmar que para ella no existe diferencia entre delincuentes principales y accesorios y, por lo mismo, todos son responsables en igual grado. Mas por una parte no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es delincuente, ni necesariamente todos los que resulten codelincuentes tienen la misma responsabilidad; la medida de ésta encuéntrase mediante el análisis no sólo del factor objetivo, sino de todos los elementos del delito y fundamentalmente del subjetivo. Requiérese, pues, el examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente fisico y material, sino psicológico, de cada sujeto. Entendida así la teoría de la causalidad, resuelve los problemas sobre la naturaleza de la participación en el hecho punible, porque la 'equivalencia causal' no supone al mismo tiempo igualdad valorativajurídica... En consecuencia, dentro de la corriente de la causalidad, es dable admitir, en un mismo delito, distintos grados de participación, de donde se engendran diversas responsabilidades y penas diferentes". *Ob. cit.,* pp. 285-286.

[14] *El concurso de personas en el delito,* p. 9, Procuraduría General de la República. Depto. de Prensa e Información. Publicaciones Especiales, México, 1959.

de que el igual valor causal de las distintas condiciones (en virtud de las equivalencias), no supone "igualdad valorativa jurídica" .[15]

El estudio sereno y maduro del artículo 13 del Código Federal, nos lleva a considerar que en él la participación no encuentra fundamento en la teoría estricta de la causalidad ni en el de la accesoriedad. Si la ley declara que "son responsables del delito: 1. Los que acuerden o preparen su realización; 11. Los que lo realicen por sí; 111. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerIo; VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente; en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo"; es a nuestro juicio evidente que la estimación delictiva del hecho con relación a las personas que en él participan, no depende de la especial *culPabilidad* del autor material, sino de la apreciación *culPable* tanto de éste como de los demás que con sus particulares conductas, *convergentes* al delito, participan en él. Claramente, el penúltimo párrafo del artículo 13, determina que *"Los autores o partíciPes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su proPia culpabilidad",* y la propia ley, congruente con esa culpabilidad, en la parte final del propio artículo declara aplicable, para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII Y VIII, la punibilidad señalada en el artículo 64 bis del mismo Código, precepto que determina que se impondrá, como pena, *"hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva".*

Si hubiéramos de tener presente los criterios absolutos de la causalidad y accesoriedad, nos sería hnposible encontrar el fundamento de la responsabilidad del *autor mediato* y, aun en el caso de tener por resuelta ésta cuestión, tendríamos que buscar solución adecuada a la actividad del *cómPlice,* auxiliador o cooperador del autor material, por no serie aplicable la artificial concepción de la *autoTÍa mediata.*

Si el hecho material de homicidio, por ejemplo, realizado por un sujeto inimputable inducido por otro plenamente capaz, es calificado en la ley penal como *delito* (fracción IV del artículo 13), ello es prueba contundente de nuestra afirmación. La ley mexicana construye la responsabilidad, en el concurso de sujetos, partiendo de la idea de que *el delito es el prod.ucto de la plural actividad;* de la *asociación* de varias personas, en la cual cada una de ellas aporta una determinada contribución para producir el resultado. De ahí se infiere que el hecho realizado (delito), es singular en cuanto denominador común de

[15] *Tratado de Derecho Penal,* 11, p. 289, Madrid, 1957. Trad. josé Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ.

las actividades asociadas que lo produjeron y el particular actuar de los participantes en él habrá de tener relevancia respecto a la individualización de la pena. De esta guisa, los actos particulares adquieren preponderancia por cuanto forman parte del *hecho único* estimado delictuoso. Claro está que la particular contribución al delito será punible cuando existe en quien la produce *conciencia de la ilicitud del acto ejecutado* respecto al hecho único que en cooperación realiza y *voluntad* en su ejecución. Sólo así puede hablarse de un actuar *culPable* en relación al *aporte singular* en el hecho delictuoso.

Esta forma de fundamentar la participación supera a nuestro entender, los inconvenientes de acogerse a los criterios absolutos señalados. No podemos, por otra parte, desconocer la existencia real de grados en la participación delictiva,[16] los cuales establecen el concepto mismo del concurso de agentes en el delito, cuyo punto de partida lo estable~e la *culpabilidad* del autor, con lo que reconocemos que los *grados* en el delito, como claramente lo hacía observar Joaquín FRANCISCO PACHECO, integran un verdadero sistema al cual no es posible escapar.17 El criterio de la *culpabilidad* propia del partícipe, supera a nuestro entender el criterio de la *accesoriedad limitada,* que pretende excluir, de la actividad del autor material, la concurrencia del dolo o la culpa cuando éste es un sujeto *in imputable o en estado de error znvencible,* pretendiendo así fundamentar la responsabilidad penal del inductor o determinador *(autoria mediata).*

5. REQUISITOS DE LA PARTICIPACIÓN

Se han delineado ya, con lo expuesto anteriormente, los requisitos que conforman la participación. Ellos son, siguiendo a CAVALLO:

a) Un elemento *material* identificado en el *hecho* ejecutado que se integra con los subelementos: *conducta, resultado* y nexo *causal.* La conducta resulta plural por cuanto son varias las que intervienen para producir el resultado. En inferencia lógica, son *varias las personas* que intervienen en expresarla, de manera que cada una de sus conductas debe constituir *condición causal* en el resultado, por afluir todas ellas a producirlo.

b) Un elementos *subjetivo* o psíquico, consistente en la *convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado,* sin ser necesario a éste un *momento determinado* dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es que quienes participan tengan *conciencia y voluntad* de cooperar, al acontecimiento o resultado perseguido. Por cuanto a la dirección del elemento *subjetivo,* respecto a las personas partici-

[16] CENICEROS y GARRIDO. *La Ley Penal Mexicana,* p. 57, Botas, México, 1954. 17 *El Código Penal Concordado y Comentado,* 1, pp. 255, Y ss., Madrid, 1970.

pan te s en el delito, puede tener realidad con *anterioridad* al hecho, *concomitantemente* con él o con *posterioridad* al mismo. Algunos piensan que pueden darse un concurso *culPoso* en delito *doloso,* cuando por falta de previsión de lo previsible o con previsión del resultado, pero con la esperanza de que éste no se produzca, se incumple un deber de cuidado que las circunstancias personales imponen al o a los sujetos participantes, e inclusive un concurso *preterintencional,* en el que existiendo en los participantes un dolo genérico de causar daño, se produce un resultado mayor atribuible a título de culpa.[18]

SANTANIELLO estima, C0I;I10 requisitos de la participación: *a)* Pluralidad de agentes, *b)* Realización de la acción prevista en la norma; *c)* nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado, y *d)* Voluntad de cooperar a la comisión del delito.[19]

6. FORMAS DE LA PARTICIPACIÓN

Siguiendo un criterio rigurosamente metodológico, MAGGIORE estima posible clasificar la participación según la *calidad,* el *grado,* el *tiempo* y la *eficacia.*[20]

Según la *calidad,* la participación puede ser:

a) *Moral,* y

b) *Física.*

La primera es aquella en la cual la acción tiene naturaleza *psíquica* o *moral* y se efectúa, como dice ANTOUSEI,21 "en la fase de la ideación del delito", mientras la segunda se realiza, por el contrario, dentro de la fase ejecutiva, "siendo *material* el aporte suministrado por el partícipe al delito".[22]

---

[18] Cfr. CAvALLo. *06. cit.,* p. 774.

[19] *Manuale di Diritto Pmale,* p. 189, Milano, 1955. En igual sentido ANrOLlSEI, para quien son requisitos del concurso: *a)* Una pluralidad de agentes; 6) La realización del elemento objetivo de un delito de parte de alguno de los concurrentes; *e)* Una contribución causal a la realización del hecho; *d)* La voluntad de cooperar a la comisión del delito. *Manuale di Diritto Pmale,* p. 280, Milano, 1947, Ricardo FRANCO GuzMÁN señala, como sus elementos: *Una pluralidad de sujetos, las voluntades dirigidas a la producción del resultado único.* En su opinión, el elemento subjetivo presenta la peculiaridad de estar dirigido hacia las demás personas y hacia el resultado. "Por lo que toca a este último -expresa textualmente-, puede corresponder a alguna de las tres formas de culpabilidad. es decir, puede haber representación y voluntariedad del resultado (actitud dolosa); pu~de existir ausencia de voluntariedad del resultado y un estado positivo de negligencia, imprudencia, impericia. falta de cuidado, de reflexión. etc. (actitud culposa), y una conciencia y voluntad dirigidas a un resultado menos grave del producido preterintencionalidad)." *06. cit.,* p. 10.

[20] *06. cit.,* 11, p. 108. 21 *06. cit.,* p. 280.

[22] VILLALOBOS: *Dintĺmica del Delito,* p. 220, México, 1955. "Autor -explica FRANCO GUZMÁN-, es el que en forma psíquica o material realiza la conducta característica del tipo; es decir, el que hace realidad el verbo núcleo del tipo." *06. cit..* p. 10. La participación es *moral-arguye* CAsnl.l.ANos TENA- "cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal;

A su vez, la participación *moral* engloba la *instigación* y la *determinación* (provocación). La primera *(instigación)* es considerada la principal forma de concurso moral y consiste no solamente en la comunicación del propósito criminoso, sino en *determinar a otro a delinquir.23* El instigador, como acertadamente pregona SOLER,[24] "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar un hecho através de la psique de otro, determinando a éste en la resolución de ejecutarlo".

En la *determinación* o *provocación,* el sujeto determinante oprovocador únicamente refuerza la idea, ya existente en diversa persona, de cometer el delito.25 Para Ignacio VILLALOBOS, *autores intelectuales* (o por inducción) se considera, en Derecho, a quienes "no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido".[26]

Se considera que la *instigación* comprende, como subclases: *a)* El *mandato; b)* La *orden; c)* La *coacción; d)* El *consejo,* y *j)* La *asociación.*

Cuando se encarga a otro la ejecución del delito para exclusiva utilidad y provecho de quien encomienda se está en presencia del *mandato.*

Existe la *orden* cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de su autoridad.

Hay *coacción* en el mandato que se apoya en la amenaza.

Consejo es la "instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva autoridad y provecho del instigador".[27]

La *asociación* no es más que el pacto realizado "entre varias personas para consumar un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados".[28] Niégase, con razón, por algunos, que la asociación constituya una forma de autoría intelectual, pues a lo más se le puede situar como un estado delictuoso.[29]

---

la participación es *física,* cuando ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito". *Ob. cit.,* p. 300.

[25] MAGGIORE. *Ob. cit.,* 11, p. 109.

[24] *Derecho Penal Argentino,* 11, p. 291.

[25] La *provocación,* al decir de FRANco GUZMÁN, consiste en incitar a una persona a cometer un delito, pero con un fin determinado de diversa índole al interés derivado de la comisión del propio hecho delictuoso. "En esta forma de autoría intelectual-dice literalmente-encontramos un elemento objetivo que consiste en la incitación a producir un delito; es decir, no hay interés particular en que se realice éste, sino sólo una finalidad de lucro, de venganza, etc. A la luz de la culpabilidad, afirmamos que puede existir la provocación dolosa cuando el sujeto tiene la intención de producir el resultado; del mismo modo se puede presentar la provocación preterintencional, cuando se hubiera querido un resultado, produciéndose--uno mayor; lo que no puede admitirse es la provocación culposa, pues en esta forma de autoría intelectual se requiere necesariamente la intención." *Ob. cit.,* pp. 14 Y 15.

[26] *Derecho Penal Melricano,* p. 470.

[27] MAGGIORE. *Ob. cit.,* 11, p. 109.

[28] MAGGIORE. *Loc. cit.*

[29] Cfr. FRANCO GUZMÁN. *ob. cit.,* p. 14.

Dolo en la instigación. Interesante problema es el del dolo en la instigación, al cual MEZGER le da como contenido 10 que caracteriza objetivamente a la instigación,80 comprendiendo la *representación y la voluntariedad de que se hace surgir en otro la resolución de cometer el acto y de que el resultado se produce por ese "otro" como autor plenamente responsable.81* El alcance del concepto anterior está en relación a la idea de la instigación como *causación dolosa del resultado,* cuando se hace surgir en otro la resolución de delinquir, es decir, de expresar su conducta y producir el resultado como *autor Plenamente responsable,s2* de manera tal que si no hay responsabilidad plena en el sujeto ejecutor material del hecho no puede hablarse propiamente de instigación, sino de *autoTÍa mediata* respecto del primero, criterio indudablemente cierto y aceptado entre nosotros por Ignacio VILLALOBOS.sS De 10 anterior inferimos que por ello basta el *dolo eventual* para integrar la instigación como causación psíquica, sentido en el cual se inclinan el propio MEZGER y WELZELM entre otros.

Si bien la *responsabilidad* del ejecutor material, como base indispensable para elaborar el concepto de la instigación, aceptada casi unánimemente en la doctrina, no era aplicable a nuestro Derecho positivo, de acuerdo al texto original del artículo 13, pues sólo se recogía, en forma restringida, la autoría mediata, al usar la expresión "compelen" a otro a cometer el delito, dado que el término supone, a pesar de ser equivoco, ausencia de autor material en el debido sentido del Derecho y, dentro de la fracción **11,** los *inductores* respondían del delito cometido aun por inimputables, por no series aplicable el criterio limitativo de la citada autoría mediata, la reforma penal de 1983 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de enero de 1984), vino a poner las cosas en su lugar, dado que mientras la fracción IV precisó, como *responsable* del delito, a *"los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro* ", caso en el que se comprende la *autoTÍa mediata,* pues el autor material es sólo *un instrumento* del verdadero autor, la vigente fracción V encierra a los que *"determinen dolosamente a otro a cometerlo"* o sea a los instigadores o inductores en la real significación del término, que precisa plena capacidad en el instigado o inducido. En otros términos, el texto del original artículo 13, en su fracción 11, daba cabida a la *inducción del imputable* como del *inimpu*

---

[30] *Tratado,* 11, p. 327.

[31] MUGER. *Loc. cit.*

[32] MEZGER. *lbídem,* p. 323.

[33] "Y reconocemos también que -afirma el citado autor-, para ser responsable un autor material, debe concurrir en él la voluntad y el entendimiento de su acto, pues en ausencia de tales requisitos dejaría el individuo de ser sujeto de atribución del delito como tal, la responsabilidad se conc_entraría exclusivamente en el inductor y pasaría éste a ocupar la categoría de autor mediato del delito." *Ob. cit.,* p. 470.

[34] *Derecho Penal, Parte General,* p. 122, Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

table, pues a éste se le *"compelía"* a la comisión del delito no" obstante su falta de capacidad de culpabilidad.

Exceso en la instigación. Aceptando con MEZGER que el dolo del instigador abarca 10 querido, no pueden serie imputadas las conductas o hechos no comprendidos dentro de su intención y realizados con exceso por el autor material. Igual opinión sustenta CUELLO CALÓN, para quien si el "inducido ejecuta hechos no comprendidos en la inten ción del inductor no pueden ser imputados a éste, pues sólo responde dentro del ámbito de 10 querido, a menos que aquellos hechos sean consecuencia de los queridos y previstos por el" inductor".[35] Por su parte, WELZEL precisa el límite de la responsabilidad al afirmar que el instigador responde *solamente en cuanto el hecho coincide con su dolo* y por ello no responde por el exceso del autor.[36] El mismo jurista, negando en principio la responsabilidad del instigador por exceso, afirma con. razón que responde del resultado más grave en los delitos calificados por el resultado.[37]

Instigación culPosa. Apoyándonos en el sentir de SOLER,[38] negamos la punibilidad de la instigación culposa, pues la actividad culposa de carácter psíquico no se encamina "directamente" a generar la resolu~ión criminal y por ende, si este fenómeno se produce, no puede el resultado ponerse a cargo de nadie como instigador.

Instigación de tentativa. Cuando el instigador no quiere el resultado pero sí la actividad ejecutiva, su despliegue psíquico o moral es impune, de no constituir por sí mismo un delito diverso. Conviene aclarar que no resulta 10 mismo *instigación de tentativa* que responsabilidad derivada al instigador cuando el delito propuesto no llega a consumarse quedando la intención como simple tentativa. Tal es el

---

35 *Derecho Penal,* 1, p. 608, 11' edición, Barcelona, ~ 953. Conviene aclarar que por exceso debe entenderse la variación a la cual la ley le da cierta preponderancia para fincar una responsabilidad de categoría diversa. Los simples casos de errores accidentales *(aberratio ictus, ab¡;rratio in per~onam)* no pueden reputarse como variaciones constitutivas de exceso, pues dejan incólume la culpabilidad del instigador. Sebastián SOLER, al plantearse el problema de saber cuál es la extensión de la responsabilidad del instigador, por la obra del instigado, argumenta de la siguiente manera: "Si no existe una desviación que represente una alteración fundamental de la responsabilidad, el problema de la responsabilidad del instigador se apoya en un análisis de los hechos, a fin de determinar si efectivamente se trata de un hecho común, o si, por el contrario, es algo que el ejecutor ha realizado por su exclusiva cuenta, sin que la instigación al *otro* hecho haya sido causal para quien realmente 10 cometió. La coincidencia tiene que referirse solamente a 10 esencial: no podría exigirse nunca una coincidencia total, ya que el acto instigado es siempre un acto futuro con relación al momento de la instigación. Cuando el ejecutor realiza el hecho con especiales circunstancias de agravación, la responsabilidad del instigador se determina conforme a los principios del dolo eventual. Lo que no estaba en la representación del instigador como posible en el momento de instigar, no está tampoco en su culpa si la alteración, de hecho, representa una responsabilidad superior, ello es, un verdadero exceso." *Ob. cit.,* 11, p. 297.

36 *Ob. cit.,* p. 122

37 *Loc. cit.*

38 *Ob. cit.,* 11, p

criterio de MEZGER al interpretar el Derecho positivo alemán (parágrafo 48), considerando que a virtud del principio de la accesoriedad es *impune* la *instigación en grado de tentativa,* haciendo hincapié en la diversa solución al caso de la instigación de un delito que sólo queda en grado de tentativa, pues ésta cuando es punible alcanza al instigador con la pena atenuada aplicable al autor material.[39]

Inducción no seguida de ejecución. En la hipótesis de que el inducido no llegue a la ejecución del hecho, algunos autores han pretendido debe sancionarse al instigador apoyándose, más que en la existencia del concurso, en la peligrosidad evidenciada por la actividad del inductor. En nuestra opinión, la inexistencia del concurso elimina definitivamente la posibilidad de sanción, salvo'que se determine en la ley su punición, como sería la situación de quien invitara formal y directamente a otro para una rebelión (artículo 135-1), en cuyo caso la inducción no seguida de ejecución sería punible por constituir delito autónomo y no por tratarse de un verdadero concurso de personas.

Punibilidad del instigador. Ordinariamente se equipara, para los efectos de la pena, al instigador y al autor material.[40] Dentro de nuestro sistema, queda al arbitrio del juzgador aplicar la pena estimada justa y acorde a la personalidad del delincuente, siguiendo como índice valorativo las circunstancias descritas por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal.

Agente Provocador. Cuando se instiga a otro para cometer un delito con el ánimo de sorprenderlo y aprehenderlo, pero *sin la intención* de que el delito propuesto se realice, se habla de *agente provocador* respecto al inductor. Tal actividad no constituye instigación por faltar el elemento "subjetivo punible".

jIMÉNEZ DE AsÚA, al tratar del delito putativo y sus especies, se refiere a los casos en los cuales la trama criminal carece de realidad, como cuando, se quiere descubri,:" un cohecho y se cita al presunto culpable en cierto sitio y hora donde se le descubre a través de los billetes marcados.

Al comentar las soluciones dadas por la Casación italiana, concluye en considerar que en tales situaciones "todo es irreal", por inexistencia de infracción punible, trayendo a ejemplo los cohechos fingidos, chantajes aparentes, en el timo del entierro, extraídos de la práctica forense española,[41] así como el del marido complaciente que vivía a expensas de los amantes de la esposa y que para desembarazarse de ella la hace caer en una celada, concertada con un amigo, con el propósito de hacer valer el adulterio, ejemplo éste en el cual sostiene que

---

[59] *Tratado,* 11, p. 332.

[40] Cfr. MEZGER: *Tratado,* 11, p. 332. FONTÁN BALESTRA: *Derecho Penal,* p. 387, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1957.

[41] *La ley y el delito,* pp. 504 Y 505,21 edición, Editorial Hennes, México, Buenos Aires, 1954.

"el adulterio del que yacía con ella era un delito putativo porque no existía tal delito en la realidad".[42]

Ignacio VILLALOBOS considerando falta de importancia la distinción hecha por algunos autores respecto a la calidad del sujeto provocador, sea éste funcionario de policía o bien un particular, estima que lo trascendental e~ averiguar .si la acción era *idónea* o no para producir el resultado. Con relación al ejecutor del delito, el mencionado autor considera que en cuanto al dolo hay similitud respecto a cualquier otro delito y a cualquier otro individuo, pues se ha determinado a realizar el hecho *aun ignorando la trama* y precisamente por ese motivo le es reprochable su conducta. Con concreta referencia al agente provocador, VILLALOBOS escribe: "Ahora bien, cuando en la mente del sujeto que provoca el delito o aparenta consentir en él y aun concurrir a su ejecución, hay la certeza de que los efectos del acto serán controlados y la lesión impedida ciertamente, de suerte que resulte nula en la práctica; supuesto, además, que el propósito del inductor no es la comisión del delito sino una forma de cooperación para r~primir la delincuencia, es inconcuso que no se integra, por lo que ve al agente provocador, un verdadero delito, pues *falta el elemento subjetivo* de querer o consentir la lesión de los intereses sociales, o como han repetido los juristas más prestigiados, no hay convergencia intencional entre instigador e instigado (dolo directo), y es indudable que el confidente de la policía o el policía mismo habría desistido de su instigación si no. hubiera tenido la certeza de que se impediría la lesión efectiva de los bienes atacados, lo cual significa la inexistencia, inclusive, del dolo indirecto o eventual".[43]

Según el *grado* se dice que la participación puede ser *principal* (o primaria) y *accesoria* (o secundaria). La primera se refiere a la *consumación* del delito y la otra a su *preparación.*

Por cuanto al *tiempo,* la participación puede ser *anterior, concomitante* o *posterior* al delito. Respecto a su *eficacia* se le divide en *necesaria* y *no necesaria.* Se está en presencia de una o de otra según la naturaleza del delito exija o no, para su comisión, el concurso de sujetos.

7. AUTORES, COAUTORES Y CÓMPLICES

Con relación a los *autores* se debe distinguir entre autor *material,* autor *intelectual* y autor *por cooperación.* El *material* es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley (13-11: Los que lo realicen por sí); *intelectual* el que induce, instiga o determina a otro a cometer el

[42] *Loc. cit.*
[43] *Ob. cit.,* p. 478.

delito (13-V: Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo), mientras el *cooperador* presta un auxilio de carácter *necesario* para llegar al fin delictivo propuesto.[44]

Autor mediato. Se denomina tal *al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable.*[45]

Autor inmediato. Según SOLER46 es "el que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva". Son autores en el orden material y por ello *inmediatos,* quienes *realizan la ejecución de la acción típica* (se apoderan de la cosa ajena; distraen de su objeto los bienes recibidos en virtud del encargo; engañan o se aprovechan del error de otro, etc.), según lo prescribe el artículo 13. .

Coautor. Al igual que el autor, es quien *realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley.* Indebidamente se habla de coautor pues éste, en rigor técnico, es un autor. Por ello SAUER define la actividad de los coautores como "la ejecución común consciente".[47]

Complicidad. Consiste en el *auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito,* pudiendo consistir en *un acto* o en *un consejo.* De ello se infiere que la complicidad exige, en el aspecto objetivo, un doble elemento: a) *Un auxilio al delito,* y *b)* La *ejecución del delito* por otro.[48] Con razón VIlLALOBOS afirma que tal auxilio puede prestarse "desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza" y tiene

---

[44] La actividad del coautor o autor *por cooperación* se recoge particularmente en el artículo 4 del Código argentino, siendo aquella consistente en "un auxilio o cooperación" sin los cuales *no habría podido cometerse el delito.* Para ser punible la actividad del cooperador debe éste tener *representación del hecho y de su iliCitud* y haber actuado *voluntariamente* a la causación del resultado, pues de otra manera faltaría considerar la subjetividad del hecho respecto a su autor. De ahí que se exc1úya de responsabilidad al auxiliador necesario pero inocente respecto al fin criminoso o a quien presta el auxilio necesario para un fin criminal diverso.

[45] SOLER, para distinguir la *autoria mediata* de la *instigación,* propone llamar a la primera *impulsión,* y comprende como casos de autoría mediata: *a)* La *violencia* (vis absoluta), en la cual la calidad de autor *se dtsplaza hacia quien la ejerció; b)* La *coacción,* ya que en ella aunque puede haber imputación de la acción al autor inmediato *no habrá lugar a la imputación del delito,* respecto al cual debe responder el autor mediato; *c)* El *error,* pues en tal supuesto el autor inmediato *ignora las circunstancias de hecho en que actúa,* así como su índole antijuridica; *d)* Acciones de *inimputables,* ya que en estos casos el resultado de la acción del incapaz se pone a cargo del autor mediato por ser aquél un simple instrumento de que éste se vale para come ter el delito. *Derecho Penal Argentino,* 11, pp. 258 Y 259.

[46] *Ob. cit.,* 11, p. 258.

[47] "La coautoría es autoría cuya particularidad -dice SAUER- consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total." *Ob. cit.,* p. 113.

[48] Cfr. MEZGER. *Tratado,* 11, pp. 333 Y ss. Para el ilustre autor alemán la complicidad es *.cocausación dolosa del resultado mediante au"ilio al crimen* o *delito de un autor plenamente responsable, en tanto no e"ista instigación".*

como requisito su *eficacia* dentro de la ejecución total y su naturaleza *secundaria* y *substituible* en abstracto.[49] En tal virtud, a quien realiza la acción secundaria se le denomina cómplice, debiéndose distinguir, con relación a él, la complicidad *moral* y la *material.* La primera consiste en *ins,ruir o alentar al autor sobre la forma de realizar la ejecución* del delito o de facilitar su impunidad, mientras la segunda consiste *en facilitar los medios materiales para la ejecución del mismo.*

Desde un punto de vista *subjetivo* se ha negado diferencia alguna entre el autor y el cómplice, más objetivamente es evidente la existente entre ellos; el autor es el que *ejecuta la acción delictuosa típica,* mientras el simple auxiliador realiza *actos accesorios.* Por eso JIMÉNEZ DE AsÚA define objetivamente al cómplice estimando "es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito".[50]

Dolo del cómPlice. Congruenteme~te con el concepto vertido sobre el cómplice, el dolo de éste se configura por el *conocimiento* que tiene del auxilio que presta al autor, así como del *motivo del miSmo.51* Son aplicables por ello, al instituto de la complicidad, las reglas extraídas de la teoría del dolo, bastando por tanto la posibilidad del *dolo eventual* para determinar la responsabilidad del auxiliador.

ComPlicidad culPosa. Criterios diferentes privan en relación a este problema, pues mientras unos autores afirman la complicidad culposa, otros por 10 contrario la niegan. Nada se opone, en criterio de VILLALOBOS, para que en un mismo delito puedan concurrir responsables por dolo con otros que lo sean por negligencia o imprudencia. "Si Pedro -dice el mencionado autor- sabe que su amigo Juan tiene pasión homicida contra un rival, éste se halla transitoriamente en el pueblo con motivo de una feria y Juan se presenta urgido pidiendo a Pedro que le preste sus armas 'porque se va de cacería', el hecho de que Pedro le facilite lo que se le pide, no obstante que sospecha que no se trata sino de cumplir la venganza deseada, le hace auxiliar indirecto en el homicidio si éste se realiza, con la sola diferencia de que Juan es autor doloso y Pedro es cómplice por culpa grave". Tratando de reafirmar su tesis, VILLALOBOS acude a este otro ejemplo: "Si un desconocido solicita la llave de las habitaciones de un huésped, en un

[49] *Derecho Penal Mexicano,* p. 473. 50 *La ley y el delito,* p. 546.

[51] Tal afirmación no implica, en manera alguna, el conocimiento por pa¡:te del autor del auxilio proporcionado por el cómplice, en la manera en que el Derecho toma en cuenta dicho conocimiento para construir el dolo. De lo contrario, ¿sería posible hablar del dolo del cómplice en los hechos antijurídicos realizados por un in imputable? Esta manera de apreciar la cuestión no está contrariada por la fórmula de nuestro conocido artículo 13 fracción IU, pues son responsables de los delitos "los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución", sin que el texto implique necesaria relación subjetiva entre el autor y cómplice. A esto es aplicable lo dicho sobre la forma en que en nuestro Código se construye la participación delictuosa.

hotel, pretextando ser amigo del interesado e ir a esperar a éste por su encargo, y luego resulta ser un ladrón que roba objetos valiosos, el encargado o administrador que ligeramente admitió lo que se le dijo y facilitó la entrada a los cuartos cuya guarda le está encomendada, tuvo conciencia de obrar en común y de acuerdo con aquel desconocido y, si *por ligereza no previó el fin con que* éste se introducía a la morada ajena y *facilitó los medios,* todo ello integra la forma menta} de la culpa y por ello tiene responsabilidad".[52]

Por nuestra parte, consideramos inadmisible el criterio anterior. La culpa, como tenemos visto, se caracteriza por la total *ausencia de voluntad respecto al resultado* producido, pues, *"Obra culPosamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible* o *previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales"* (artículo 9, párrafo segundo del Código penal Federal) y la complicidad requiere tanto la *representación* del acto propio como del acto del autor, pero fundamentalmente *la representación de que el primero constituye un auxilio a la ejecución del delito,* de tal manera que la relación de subordinación en el orden material también se da en el aspecto subjetivo, cuando menos respecto de aquel que presta el auxilio. Si quien facilita el arma o la llave *representa* la posibilidad del hecho homicida o del robo *y no quiere ni acepta* uno u otro, podrá hablar se en términos comunes de conducta imprudente, pero no de complicidad culposa en la acción delictuosa del autor, por *ausencia de voluntad para realizar un acto de auxilio al delito,* pues si el que proporciona los medios, no queriendo ese acto como un auxilio, presta cooperación al delito, habrá puesto con su acción una condición causal respecto al resultado, pero faltaría el *dolo de cómPlice* que hace punible el auxilio. De ahí que anteriormente53 hallamos afirmado el rechazo de tal posibilidad en atención "al fundamento que en la culpa hace nacer el juicio de reproche", reforzando nuestra idea en la opinión de BATIAGLINI.

La connivencia. Peculiar carácter tiene la connivencia, también denominada *complicidad negativa,* cuyo rasgo esencial consiste en el *silencio guardado por el connivente acerca de los hechos, de naturaleza delictuosa, que sabe van a cometerse* o *se están cometiendo y en los cuales particiPa, negativamente, por un acuerdo tácito derivado de su proPia actividad pasiva.*

"La complicidad puede incluso -dice SOLER-, basarse en una omisión, pero para que la omisión alcance a constituir complicidad, es necesario que el acto sea jurídicamente debido. Si el agente promete

[52] *Ob. cit.,* p. 305.
[53] Cfr. PAVÓN VASCONCELOS: *La Participación.* Criminalia, p. 184, XXV, 1959.

al ladrón no denunciarlo después de que cometa el robo, el agente es cómplice, porque promete no hacer algo que está obligado a cumplir. Pero la misma promesa, hecha por un particular cualquiera no constituye a éste en cómplice, porque promete un simple no hacer. La conducta contraria del particular podrá, tal vez, tener influencia impeditiva para la producción del hecho, pero ninguna seguridad h~y de que la promesa de un hecho negativo tenga importancia productiva. Además, la ley no castiga el no impedir que se haga (complicidad negativa), sino el contribuir a que se produzca".[54]

Punibilidad de la complicidad. Son diversos los sistemas adoptados por la legislación, pues mientras algunos Códigos colocan en igualdad de condiciones, para los efectos de la penalidad, a todos los concurrentes en el delito, como sucede con el italiano, otros en cambio, establecen penas distintas según el grado de participación en él. El Código Federal, en el artículo 13, *in fine,* dispone la aplicación de penalidad *atenuada* a los sujetos que *particiPen* en el delito, por cuanto *"dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión",* o bien *"con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumPlimiento de una promesa anterior al delito* (13-VI Y VII), casos de *complicidad,* el primero *durante su ejecución* y el segundo *con posterioridad a su ejecución* (encubrimiento como participación), recogiendo como hipótesis de participación delictiva, en la fracción VIII, sancionada con pena igualmente atenuada, a la llamada *complicidad correspectiva,* la cual se refiere a quienes *"intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado".* En efecto, el artículo 64 bis del Código prescribe que *"En los casos previstos por las fracciones VI, VII Y VIII del artículo* 13, *se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva".* El criterio adoptado por nuestra ley penal po.sitiva, correctamente ha seguido el que priva en la doctrina, en el sentido de que los *cómPlices* deben ser sancionados con pena inferior a la correspondiente al autor, por ser su actividad, desplegada en la comisión del delito, de menor importancia a la de aquél.

8. CONCURSO CULPOSO EN DELITO DOLOSO

Partiendo de J.m-mal planteamiento del problema, algunos autores afirman la existencia del concurso culposo en el delito doloso. Si se recuerda todo lo dicho respecto a la naturaleza de la participación y las formas de su presentación, sin mayores consideraciones se puede negar, categóricamente, tal situación. En esta dirección se inclina la

[54] *Ob. cit.,* 11, p. 300.

opinión de Ranieri.[55] BATIAGLINI, en este punto citado por PORTE PETIT,[56] niega igualmente la posibilidad del concurso culpo so en el delito doloso, argumentando que "solamente subsistirá según los casos, un delito doloso existente por sí y una contravención. Así el farmacéutico, que hubiere vendido sin prescripción médica, un veneno, del que se sirve el comprador para cometer un homicidio, responderá sólo de con travención".

9. LA PARTICIPACIÓN EN DELITO CULPOSO

Ya Enrique FERRI señalaba lo discutible de la posibilidad de la coparticipación criminosa en los delitos culposos, no obstante lo cual toma partido por la solución afirmativa. "Pero también en éstos -escribe- existe tal posibilidad, porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podrían querer el efecto dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, etc., de las que deriva aquel efecto".[57]

A nuestro entender, no debe confundirse *la cooperación de culPas en el delito culPoso* con la participación culposa. En el traído y llevado ejemplo de los individuos que para calentarse preparan leña, unos cortándola, otros apilándola y otros más encendiéndola, actos con los que provocan un incendio, mencionado por FERRI[58] y reproducido por BATIAGLINI entre otros,[59] es indudable la existencia de acciones voluntarias culposas por imprevisión o negligencia cooperantes en la producción del incendio y los daños consiguientes, pero no participación delictuosa por culpa. Creemos, con ANTOLISEI, que la cooperación verificada en el delito culposo se limita a la pura conducta y no incluye en modo alguno al resultado dañoso,[60] supuesto que la culpa presu-

---

[55] *Diritto Penale,* p. 338, Padova, 1956.

[56] *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* p. 682, Universidad Nacional Autónoma de México, 1958.

[57] *PrinciPios. de Derecho Criminal,* p. 528. l' edición, Ed Reus. Madrid, 1933. Trad. José Arturo RODRlcuEz MUÑoz. Comparten tal punto de vista, MANZINI: *Tratado,* cuando precisa: "... es manifiesto que no puede excluirse la participación en los delitos culposos", así como Eusebio GÓMEZ: *Tratado,* para quien "si varias personas procediendo en cualquiera de las hipótesis que definen la culpa, intervienen en un acto al que concurre la voluntad de todas ellas, la circunstancia de que no hayan previsto ni querido el resultado dañoso, que de tal acto deriva no borra la realidad del acuerdo para llevarlo a cabo; esta realidad es la que conduce a sostener la afir mación de la cuestión propuesta..."

[58] *Loc. cit.*

[59] *Diritto Penale,* p. 452, 3" edición, Padova, 1949.

[60] Cfr. ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale,* pp. 295 Y 296, Milano, 1947. En opinión contraria, Ignacio VILLALOBOS, para quien negar la participación en el delito culposo es consecuencia de la postura inicial en que los autores se ubican, buscando la *voluntas sceleris,* el acuerdo de *voluntades encaminadas directamente al resultado.* "Por lo demás -concluye VILLALOBOS-, es

pone esencialmente ausencia de voluntariedad en la causación del mismo. La convergencia de voluntades se limita, en el delito culposo, a la realización de las acciones particulares para un fin común, pero ello no implica *conocimiento de que en los proPios actos se contribuya a la ejecución del delito* y por ende no puede hablarse con propiedad de una participación o concurso culposo en el delito culposo.

10. CONCURSO DOLOSO EN DELITO CULPOSO

En forma accidental plantéase el problema de considerar la concurrencia de una c0nducta dolosa con otra generadora de un delito culposo, como en el caso de quien determinando a otro a manejar con excesiva velocidad su automóvil, con el fin de arrollar a un tercero a quien se sabe transitando en el camino, llegara a ver realizado su propósito por la culpa,del manejador al atropellar a la víctima con notoria imprevisión o negligencia en el manejo. FRANCO GuzMÁN acepta decididamente esta forma de concurso, poniendo el- ej~mplo de uno o varios sujetos que para producir graves daños a una población se dedicaran a jugar baloncesto con los encargados de cerrar las compuertas de una presa, quienes sin intención delictuosa causan daños en forma imprudente.51 Cabría en tales casos preguntarse: ¿en qué forma de participación moral habría de incluirse la actividad de .quien actúa dolosamente? ¿sería realmente un instigador o bien un de terminador? Si es así, ¿a qué instigaba o determinaba?

11. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Si no se pierde de vista la concurrencia de conductas en la producción del resultado lesivo al Derecho, es decir, la objetividad de la participación, es claro que el límite de la comunicabilidad de las circ\lnstancias lo da *el conocimiento* que cada partícipe tiene del hecho ilícito. Este conocimiento puede versar: *a)* Sobre la *calidad* del hecho, o *b)* Respecto a la *situación del autor* en relación a la punibilidad del mismo.

---

impropio buscar en los delitos de culpa un acuerdo para perseguir el mismo fin, para procurar el mismo resultado o, en síntesis, la misma *voluntad encaminada directamente al delito,* pues tal cosa es empeñarse en reproducir las actitudes mentales del dolo, que desde luego no existen en la culpa, sean varios o uno solo quienes cometan el delito. La única manera razonable de investigar esta cuestión consiste en comprobar la concurrencia de varios sujetos en la causación objetiva y física de un acto que resulta típico del Derecho Penal, con la posición o actitud mental que corresponde a la culpa; es decir, *queriendo todos la acción* pero sin prever el resulta do previsible o esperando, a pesar de preverlo como posible, que no se realice. Los ejemplos,
entonces se multiplican y su calificación, libre la mente de prejuicios, es obvia". *Ob. cit.,* p. 304.
61 *Ob. cit.,* p. 18.

Las circunstancias *constitutivas del delito* se concretan a aquellas exclusivas del fenómeno fáctico, con total independencia de las subjetivas. En cuanto a las *personales,* son las que. tienen influencia para determinar la apreciación del hecho, por requerirse en la ley alguna condición especial atribuida a la persona del autor (la calidad de funcionario en los delitos de funcionarios) o bien para hacer operar una agravación de pena, una disminución de ésta o una excusa absolutoria.

Tales distinciones son de indiscutible interés, pues como dice SoLER, no siempre los delitos cometidos en participación presentan una situación personalmente homogénea en cada uno de los partícipes",[62] ya que frecuentemente no son coincidentes ni la *intención* de los que participan, ni tampoco las *calidades personales.*

Los criterios que normalmente se siguen son: *a)* respecto a las *circunstancias del hecho,* agravar o atenuar la responsabilidad según se tuviera o no conocimiento de ellas, y *b)* Por cuanto a las *circunstancias personales* de alguno de los partícipes, agravar o atenuar la penalidad exclusivamente por lo que hace a quien las reúne en su entidad.

En nuestro derecho positivo se ocupaban de la *comunicabilidad de las circunstancias* los artículos 53, 54 Y 55. El primero, con criterio rigurosamente subjetivo, excluía de aplicación al acusado, el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, "si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito". De igual manera, con criterio subjetivo errado a nuestro juicio, el artículo 55 declaraba: "Las circunstancias *personales* de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean modificativas y calificativas del delito, peIju4ican a todos los que lo cometen con conocimiento de ellas". Mejor sistema se siguió, en el anterior texto del artículo 54, en lo tocante a las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el *hecho,* al declarar "qu~ aprovechan o peIjudican a todos los que intervengan con cualquier grado en la comisión de un delito", aun cuando se perdió de vista el criterio esencial del *conocimiento* que sobre las mismas debe tener quien participa en la infracción penal.

Refiriéndonos al sistema adoptado anteriormente por la legislación positiva, hicimos notar que de acuerdo con la orientación privatista en la doctrina, las referidas circunstancias personales *no son comunicables* entre los partícipes, pues la ley las refiere, con exclusión de las demás, a determinadas personas, no siendo justo y equitativo, a pesar del conocimiento de ellas por el participe, que agraven su situación, dado que son de tal naturaleza individuales que tanto objetiva como subjetivamente resultan indiferentes para los terceros.[63]

---

[62] *Ob. cit.,* n, p. 274 Y 275.

[63] La regla contenida en el precepto del artículo 55 convertía en parricida al extraño participante, en cualquiera de las formas del concurso de sujetos, en el delito de parricidio, por el simple hecho de tener conocimiento de la circunstancia personal modificativa o calificativa del delito, referida en la ley a alguno de los delincuentes.

Pensamos que con mejor técnica, el nuevo artículo 54, permite resolver las situaciones que puedan plantearse en lo relativo a las circunstancias *subjetivas* u *objetivas* que concurren entre los partícipes, pues ahora *"el aumento o la disminución de la pena, fundados en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas".* Por otra parte y como regla genérica, el artículo 53 declara: *"No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido si las ignoraba inculPablemente al cometer el delito".*

12. EL ENCUBRIMIENTO

La historia de la institución jurídica del encubrimiento pone de manifiesto los vaivenes seguidos por la doctrina para precisar su *concepto* y *naturaleza.* Las posiciones respecto a la última, han sido fundamentalmente las siguien~es: *a)* la de considerar al encubrimiento una especie de *codelincuencia,* ubicándola como una expresión de la *participación en el delito,* y *b)* darle *autonomía,* estimándola un *delito particular,* con fisonomía y sanción propias, sin desconocer la conexión existente entre ella y un delito que le precede (pre~xistente).

Sin extendernos a la relación de sus antecedentes históricos, la doctrina española acogió, primeramente, con LARDIZABAL y después con expositores como GUTIÉRREZ y GROIZARD, el criterio de considerar al *encubrimiento* como una especie de *participación* en el delito, al afirmarse que de cierta forma el *encubridor* es un *cómPlice,* ya porque *encubre* el delito o bien porque entre el delito y su encubrimiento existe una indiscutible *conexión* que impide separarlos, lo cual justifica que el segundo (encubrimiento) *forme parte* del hecho delictivo.[64] PACHEco se adhiere a dicho criterio al expresar interrogativamente la relación entre el primitivo delito y el acto de encubrirlo, o bien preguntando si no hay una especie de *complicidad* entre el que se aprovecha de un robo y el que lo ejecuta. Usemos sus propias palabras: "¿No hay, en efecto, esa relación entre el delito primitivo y el acto por el cual se le encubre? ¿No hay una especie de complicidad en el que se aprovecha de un robo y el que lo ha ejecutado? ¿No reitera aquél, en cuanto le es posible, el acto del primero? ¿No se asocia a su obra y le presta su aprobación moral para ella misma, sin concurrencia material para llevarIa a término? Cuando se arrebata algo por la violencia; cuando se

[64] Candido CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento* 'J *Receptación,* pp. 44-46, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.

sustrae por la maña, la acción no tiene por definitivo objeto el arrebatar o sustraer: se quita para gozar, se delinque para aprovecharse del delito. Luego el que viene a participar del provecho, no puede decirse completamente extraño a la obra. El hace cuanto puede por concurrir a *ella, el* concurre a su consumación". [65]

Al criterio que venimos exponiendo se une un gran sector de doc trina tanto en España como en otros países, asumiendo las ideas fundamentales consistentes en considerar que, aún cuando intervenga *posteriormente* en el delito, el encubridor *participa en él* con su conducta, conectándola con la del *autor* del delito principal, 10 que constituye una *continuación* de la de éste en sus "últimas consecuencias", la cual adquiere carácter de ilicitud y relevancia penal precisamen~e en virtud de su *conexión* con el delito que se encubre, etc. Tal criterio encontró expresión en muchos códigos tanto españoles (Códigos Penales de 1870, 1932 Y 1944), como europeos, tales como los de Bélgica (Art. 67), Rusia (Art. 17), Portugal (Art. 23), Filipinas (Art. 19), Guatemala (Arts. 28, 32 Y 33), etc:[66]

La otra posición, que propala el criterJo de que el encubrimiento debe estimarse como un *delito autónomo,* de punibilidad propia, parte de la idea de que no es posible que un hecho *posterior* al delito pueda constituir una *codelincuencia* o una *complicidad a lo ya realizado;* no se puede *contribuir,* o *cooperar* a 10 ya consumado, consideración por la que el encubrimiento sólo puede ser estimado como un *delito especial,* independiente de la conducta del autor de *otro delito.* Este criterio fue defendido y adoptado incluso por Congresos como los de Roma, París y Bruselas (1885, 1895 Y 1900), proponiéndose por algunos tratadistas, su inclusión dentro de los delitos *contra la administración de justicia,* 10 que encontró realidad en algunas legislaciones como las de Austria (1852), Noruega (Art. 132), Polonia (Art. 148) Uruguay (Art. 197), etc.

Una tercera posición, estimando la diversa naturaleza de los actos posteriores al delito, ubican algunos de éstos como auténticos *delitos autónomos,* en tanto a otros se les enmarca como casos de *encubrimientos* íntimamente ligados al *delito principal,* es decir, como de complicidad con relación a éste. A estas teorías, denominadas *mixtas,* se les ha reconocido una parte de verdad en sus aseveraciones. CARRARA afirmaba que el acto posterior al delito forma una categoría que no puede ser catalogada como una complicidad y por ello aplicarle las reglas de la participación; tal caso constituye delito por sí mismo, tratándose de figura "adherida" y no "conjunto" al delito que se ha con

[65] PACHECO. *El Código Penal Concordado y Comentado,* Vol. 1, p. 272. Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1888.

[66] V. CONDE PUMPIDO FERREIRO, *Ob. cit.,* pp. 51-52. 11

sumado, argumentos referidos particularmente al caso de la *receptación* de cosas rodabas. Lo anterior, sin embargo, acepta la excepción representada por los actos posteriores cuando éstos consuman una violación ulterior del derecho de propiedad. Glosando la tesis de CARRARA, el acto de *receptación* de las cosas sustraídas en el robo constituye un acto aparte del *encubrimiento,* cuando éste favorece o auxilia al delincuente para evadir la acción de la justicia, actos los últimos que integran un *delito* contra la *administración de justicia,* en tanto la *receptación* es un verdadero auxilio o cooperación con el delincuente que prolonga el estado antijurídico creado por el delito principal, lo que permite concluir que los receptadores se convierten con cómplices *partícipes del delito que receptan.*[67]

La aplicación del principio de la *causalidad,* base de toda construcción jurídica de la participación, en la forma restringida en que lo hemos adoptado, excluye al encubrimiento a virtud de que el concurso de sujetos implica *intervención en la producción del delito,* sea en forma directa o indirecta. De ahí que el encubrimiento se construya como una figura autónoma en el cuadro de los delitos de los códigos.

Cuando nos referimos a las formas de la participadón, según *el tiempo,* precisarnos que ésta puede ser *anterior, concomitante o posterior.* Respecto a la última (posterior), sólo puede surgir cuando el acto del partícipe se encuentra *necesariamente ligado a la ejecución del propio delito,* de tal manera que integra *condición causal* del mismo, siendo ésta la razón para excluir. los actos posteriores al delito que no hayan constituido *un 'factor en su realización.*

. Lo anterior nos lleva a precisar la existencia de una fo.rma de *participación posterior al delito,* de complicidad a él, consistente en la cooperación *con posterioridad a su ejecución,* cuando la acción del partícipe ha constituido, en razón del acuerdo *previo,* un factor *determinante en su ejecución* y por ello *condición causal del mismo.* Como ya CARRARA precisaba, en tales situaciones no surge la calidad de cómplice por lo hecho con posterioridad sino por lo *p.rometido anteriormente,* siendo de particular importancia precisar, según lo observa SOLER, la naturaleza y característica de la acción ejecutiva, para saber a ciencia cierta si el acto enjuiciado es anterior, concomitante o posterior.[68]

---

[67] Véase Co!IDE PUMPIDO FERREIRO, *Ob. cit.,* p. 65.

[68] *Ob. cit.,* 11, p. 252. La importancia de tal investigación quedó precisada anteriormente, cuando expresamos: "La intervención de un tercero, con posterioridad a la consumación, en el delito instantáneo, integra la figura específica de encubrimiento, salvo que el acuerdo hubiera sido previo, en cuya hipótesis habrá encubrimiento como forma de participación, conforme al artículo 13 fracción IV del Código penal. En el delito permanente dicha intervención coetánea al período consumativo no integra la figura típica de encubrimiento, aun cuando se haya ya realizado la acción o la omisión, sino un concurso eventual de sujeto o *participación criminal,* pues el delito se estaría cometiendo y en esa virtud se participaría en su consumación."

Nuestra legislación positiva federal recoge, en su artículo 400, algunas formas específicas de encubrimiento, como delito autónomo,[69] mientras el artículo 13, fracción VII declara responsables del delito a: *"Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito n.* Dicho texto superó ostensiblemente al anterior ("Los que en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictiva"), el cual había acogido el sistema de contemplar el *encubrimiento,* como una forma de participación en el delito, sin hacer referencia a la promesa anterior a su ejecución, con lo que creó serias confusiones en los encargados de su aplicación. La posición adoptada en la nueva fórmula es la correcta y aparece contemplada también en otros códigos, como en el argentino, que en su artículo 277, al elevar el encubrimiento a figura autónoma, excluye de ella a la *promesa anterior al delito.* Carlos FONTÁN BALESTRA, al abordar esta cuestión, considera acertado el sistema seguido por el código mencionado, expresando que "enfocado el problema de la participación desde el punto de vista de la relación de causalidad, y adoptada por esta última la doctrina de la causalidad adecuada,[70] como lo hemos dicho, resulta claro que no es lo mismo poner una condición del resultado, que una causa de éste. Los hechos posteriores al delito, que no están conectados con él con anterioridad a su comisión, no pueden considerarse actos de participación, puesto que no han contribuido a producirlo".[71]

Entre las legislaciones de nuestros Estados, habremos de mencionar al Código penal de Michoacán, recientemente reformado, cuyo artículo 17, fracción IV, con similar técnica a la del actual texto del

Código de 1931, prescribe: "Son responsables de la comisión de un delito: IV. Los que, *por acuerdo previo,* auxilien a los delincuentes después de que éstos realizaron los actos u omisiones constitutivos de

[69] "ArL 400. Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: 1. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad. 11. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; 111. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigiie; IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables (...)".

[70] En este punto diferimos completamente del criterio adoptado por el autor argentino, remitiéndonos a lo expresado al estudiar el problema del nexo causal.

[71] *Ob. cit.,* p. 383.

delito". Dentro del Título Octavo, denominado "Responsabilidad Profesional" se coloca (Capítulo V) el encubrimiento como figura delictiva autónoma, no pareciéndonos acertada su inclusión en el referido título. Mayor acierto logra el Anteproyecto de 1958 para el Distrito y Territorios Federales, cuando lo ubica dentro del título relativo a los "Delitos contra la Administración de Justicia".

El mencionado artículo 400 recoge, en sus fracciones IV y V, hipótesis de *complicidad negativa* o *connivencia* al sancionar al que: "IV. *Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigaci6n de los delitos o para la persecución de los delincuentes".* "V *No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estaráa lo previsto en este artículo o en otras normas aPlicables".* La fracción I se refiere a la *receptación dolosa y culposa, cuando con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en él, se adquiera, reciba u óculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia,* o cuando el que *recibió la cosa* en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, *no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables* para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, en cuyo caso la pena se disminuirá en una mitad. Por último, las fracciones II y III recogen casos de *javorecimiento personal o real,*[72] cuestiones que deberán ser examinadas, con la amplitud debida, al hacer el análisis del delito de encubrimiento dentro del estudio de los *tiPos* en particular.

JURISPRUDENCIA [73]

"INDUCCIÓN A LA COMISIÓN DE DELITOS. El hecho de que una persona facilite a otra dinero para que abra una cuenta de giros en una institución bancaria, y luego la induzca para que expida cheques, a sabiendas de que al ser presentados ante la institución girada, no serán pagados por falta de provisión de fondos, implica la causación del resultado, tal como lo define el artículo 13 del Código Penal Federal."

Amparo directo 2747/63. Fallado el 7 de enero de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mer,cado Alarcón. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen LXXIX, Segunda Parte, página 26 *(IUS:* 259(64).

---

[72] Cfr. Luis FERNÁNDEZ DOBLADO: *La Participación y el Encubrimiento,* pp. 321 Y ss., Crimina Ha XXV, 1959.

[73] El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

"PARACAIDISTAS, DESPOJO, DELITO DE. Queda demostrado, en los términos del artículo 13 del Código Penal, que el reo tomó participación en el delito de despojo que se le imputa, si invadió el terreno de la propiedad del ofendido de propia autoridad y en forma furtiva, en unión de otras personas; y el hécho de que dichos colonos estén en tratos con el propietario del terreno, para que los venda, viene a confirmar el despojo del mismo terreno, por parte del inculpado, si por su intervención fue invadido."

Amparo penal directo 1105/50. Fallado el 23 de noviembre de 1951. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: .Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombx.:e del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CX, página 1461 *(IUS:* 298286).

"PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Aunque esté acreditado en autos, que el quejoso tenía conocimiento de los propósitos delictuosos del coacusado, si no tuvo intención de realizar con dicho coacusado el delito que se le imputa, falta la condición precisa para la existencia de la codelincuencia, ya que la inacción, el no hacer (el llamado concurso negativo), no la integra; y si guardó un silencio que configura un delito como lo es el de encubrimiento, ya que se integra *a posteríori,* cronológicamente, respecto del acto en que es cometido el delito que se oculta, ello no significa que el quejoso, por concierto previ,o o posterior, hubiera participado en la privación de la vida del ofendido. "

Amparo penal directo 9326/50. Fallado el 9 de noviembre de 1951. Mayoría de tres votos. Disidente: Mario G. Rebolledo. *Ih* <¡ente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre; del ponel1t... Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CXI, página 2301 *(IUS: 298147).*

"REBELIÓN, RESPONSABLES EN EL DELITO D..>1 de autos aparece plenamente comprobado que.varios individuos formaron un partido, entre cuyos propósitos estaba el de llevar a cabo un movimiento revolucionario en la República; que el quejoso concurrió a las juntas en que fue planeado ese movimiento y que hubo un brote de rebelión, al reunirse un grupo de hombres armados, que recorría cierta zona de la República, sustraído a la acción de las autoridades, es indudable que tales elementos son bastantes para presumir al quejoso, responsable del delito de rebelión, aun cuando no existan datos que demuestren que él mismo formó parte de ese grupo armado y sólo aparezca que concurrió a las juntas que se celebraron para proyectar el movimiento revolucionario, pues su presunta responsabilidad en el delito de rebelión, debe admitirse si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal y para toda la República en materia federal, el cual es aplicable al caso, porque los actos de conspiración en que tomó parte el quejoso, deben ser considerados como medios preparatorios del delito de rebelión cometido."

Amparo penal en revisión 1528/44. Fa!lado el 13 de julio de 1944. Mayoría de tres votos. Ausente: Carlos L. Angeles. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXXI, página 905 *(IUS: 306333).*

"RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA y AUTORíA MATERIAL. SENTENCIA INCONGRUENTE. Existe una notoria contradicción en la sentencia si establece

que uno de los coacusados responde como autor material del delito de homicidio simple intencional, y que el otro coacusado, por el mismo resultado, es responsable a virtud de complicidad correspectiva, ya que tratándose del mismo ilícito, todos los intervinientes merecen el juzgamiento bajo el mismo instituto jurídico. "

Amparo directo 8138/82. Fallado ellO de agosto de 1983. Cinco votos. .Ponente: Luis Fernán~ez Doblado. .Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 175-180. Segunda .Parte, página 119 *(lUS: 234323).*

"ROBO DE AUTOMÓVILES EN EL EXTRANJERO, COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE. No se configura el encubrimiento en los términos de la fracción III del artículo 400 del Código .Penal Federal, sino coautoría en un delito de robo, si el acusado solicitó y obtuvo de un norteamericano, automóviles que éste estuvo robando en su país y de cuya venta en territorio nacional se encargaba el acusado, bajo el sistema de hacer que se les cambiara el número a los motores, pues a virtud de esa conducta el acusado participa en la concepción del delito y favorece el éxito de la empresa criminal, situación ésta que cae bajo el régimen del artículo 13 del ordenamiento legal mencionado."

Amparo directo 4932/53. .Por acuerdo de la .Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 26 de enero de 1956. Cinco votos. .Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXVII, página 304 *(lUS: 293764).*

"ROBO, PARTICIPACIÓN EN EL (LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS). Si está justificada la recepción, por parte del quejoso, de ciertos objetos, pero no estádemostrado que él supiera que tales objetos habían sido robados, como la participación posterior al delito, que disciplina el artículo 13 de la ley penal del Estado, exige el concierto, resulta indudable que como presupuesto de la culpabilidad se requiere el conocimiento de la perpetración de un delito anterior a la actividad desplegada por el incubridor. En esa virtud, del hecho material anotado no puede de.sprenderse jurídicamente la imputación, porque no basta la acción sino que precisa la concurrencia de la actitud espiritual del sujeto, su nexo psicológico con el actuar, y faltando éste, no puede decirse que esté justificada la responsabilidad del quejoso. "

Amparo penal directo 5560/49. Fallado el 27 de septiembre de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. La publicación no menciona el nombI,:e del ponente. .Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo ev, página 2562 *(lUS: 299791).*

"SALUD, DELITO CONTRA LA. AUTORÍA y PARTICIPACIÓN NO CONFIGURADAS. Si el inculpado por instrucciones de uno de los coacusados, tuvo la encomienda de conseguir combustible para abastecer una nave aérea cargada con droga, que procedente de un país extranjero y con destino a otro, aterrizaría en territorio nacional; pero si no pudo adquirir el combustible por diversas razones, debe decirse que esos hechos atribuidos al inculpado no encuadran ni directa ni indirectamente en las fracciones I y II del artículo 197 del Código .Penal Federal, pues su conducta no se adecua

directamente en la figura delictiva que capta las modalidades de introducción al país y transportación de la droga, pues con ella no realizómaterialmente dicha introducción y transportación. Así, no puede fincársele responsabilidad como autor, en razón de que no ejecutó la conducta descrita en el núcleo del tipo delictivo de referencia. Por otra parte, los actos realizados por el inculpado tampoco encuadran indirectamente, -a través del dispositivo amplificador de las figuras legales a que se refiere el artículo 13 del Código Penal Federal-, en el tipo delictivo de introducción (al país) y transportación de la droga citada, es decir, el acusado no puede ser considerado como partícipe en el delito contra la salud cometido por uno de los coacusados, quien fue el que introdujo a la República Mexicana droga, previa su transportación desde el extranjero, habida cuenta que si bien es cierto en su fuero interno estuvo presente el ánimo de socio, también es verdad que su actividad no constituyó un favorecimiento o colaboración para la introducción y transportación mencionadas, pues ningún influjo causal tuvo sobre esta actividad típica."

Amparo directo 10364/84. Fallado el 14 de junio de 1985. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, Volúmenes 193-198, Segunda Parte, página 35 *(lUS:* 234137). Nota: En los volúmenes 181-186, Segunda Parte, páginas 15 y 16, esta tesis apareció publicada bajo el rubro "AUToRÍA y PARTICIPACIÓN, ADECUACIÓN TÍPICA" Y con la nota señala: "Se publica anticipadamente la presente tesis, por haber sido citada en el *APéndice de* 1917-1985, como perteneciente a este volumen". Esta tesis también aparece en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1985, Segunda Parte, página 354, como tesis relacionada con la jurisprudencia 171.

"SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN. COPARTICIPACIÓN YNO ENCUBRIMIENTO.
Aun cuando el acusado manifieste que la droga de la que se le haya encontrado en posesión en forma oculta, la guardaba por encargo de otra persona, cabe decir que la conducta delictuosa del acusado no es dable considerarla incursa en la tipificación del delito de encubrimiento a que se contrae el artículo 400, fracción V, del Código Penal Federal, en atención a que la ocultación del estupefaciente en los delitos contra la salud, por ser condición misma de su posesión que es su esencia, es elemento de la propia acción delictuosa del activo y, por ende, de su responsabilidad criminal como partícipe del delito, en términos del artículo 13 de Código Penal Federal."

Amparo directo 136/73. Fallado el 3 de mayo de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ezequiel Burgu~te Farrera. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 53, Segunda Parte, página 13 *(IUS: 236203).*

"VIOLACIÓN. CUANDO UNO DE LOS PARTICIPANTES NO EMPLEA LA VIOLENCIA. Si uno de los coinculpados, a quien se imputa la violación, no empleó violencia, pero ejecutó actos comprendidos dentro de la descripción del tipo, al copular con la víctima, desde el punt() de vista técnico legal su participación resulta obvia, pues además de integrar uno de los elementos del delito, participó en la ejecución del ilícito ya que se presentó en

el lugar de los hechos y aprovechó las circunstancias psicológicas de temor y miedo en que se encontraba la víctima para tener cópula con ella. Se trata de una cuestión elemental dentro de la problemática de la participación puesto que resulta responsable de la comisión de un delito lo mismo quien ejecuta el núcleo del tipo, que cualquiera de sus elementos, por lo que el hecho de que el inculpado no haya empleado la violencia, no lo exime de su participación y responsabilidad en el delito de violación que se le imputa."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión 486/91. Fallado el 19 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura. TribuI}ales Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo IX-Abril, página 677 *(IUS: 219983).*

"VIOLACIÓN TUMULTUARIA. RESPONSABILIDAD EN GRADO DE COPARTICIPACIÓN NO ACREDITADA. Si entre el inculpado y sus coacusados hubo acuerdo previo para asaltar la casa donde se cometió el delito de violación tumultuaria, pero el plan original sólo era robar, y la cooperación del primero consistía en vigilar desde afuera de la casa para que llevaran a cabo el robo, la comisión del ilícito contra la libertad sexual fue ajena al propósito de aquél, como absoluta su falta de participación, pues semejante violación no podía ser prevista ni evitada por el agente que permaneció vigilando afuera, ignorante de la comisión del atentado sexual."

Amparo directo 6544/84. Fallado el 29 de abril de 1985. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Miguel Ol,ea Rodríguez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 193198, Segunda Parte, página 57 *(IUS: 234152).*

"ABORTo, COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE. Si, con la anuencia de una mujer, se le practica una operación de aborto, el anestesista que interviene en la misma resulta presunto responsable en la comisión del ilícito, si no aparece que tal operación fuera necesaria para salvar la vida de la mujer, sino únicamente para evitar que sus padres no se percataran del embarazo, y si de tales hechos estaba enterado el anestesista, en atención a que a dicha mujer la interrogó al respecto, en presencia del propio anestesista, el médico que directamente practicó ellegrado.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 246/76. Fallado el 12 de julio de 1976. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo Pereira. Tribuna!es C01egiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 91-96, Sexta Parte, página 9 *(IUS:* 253321) .

"AsALTO. El asalto lo define el artículo 286 del Código Penal del Distrito, por el uso de la violencia contra de una persona, en despoblado, o en paraje solitario, con el propósito de causar un malo

de exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y grados de violencia que se empleen; basta que se tenga por demostrada la participación del acusado en los hechos delictuosos, que haya tomado parte en la concepción, perpetración o ejecución de un delito, o que preste auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto previo o posterior, para que se esté en el caso previsto por el artículo 13 del Código Penal

del Distrito, el simple asentimiento del acusado para encaminarse hacia el lugar en donde se pretendía cometer el delito, aunque no haya ejecutado actos materiales para presionar a las víctimas, implica la cooperación de que habla el artículo 13."

Amparo penal directo 7801/42. Fallado el 31 de marzo de 1943. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombr~ del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXXV, página 8312 *(/US: 307949).*

"COAUTORÍA PENAL. Aun en el supuesto de que el quejoso hubiera incurrido en la omisión que se le atribuye y que la misma hubiere hecho posible la comisión del delito por parte de su coacusado, tal conducta no basta para tener por establecida la responsabilidad de dicho quejoso como coautor de tal hecho, en los términos del artículo 13 del Código Penal Federal, puesto que para ello sería necesario demostrar que estaba obligado a evitar esa omisión. "

Amparo penal en revisión 3975/48. Fallado el 2 de febrero de 1949. Mayoría de tres votos. Disidente:José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre:; del ponente. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo XCIX, página 632 *(/US: 301201).*

COAUTORÍA y NO RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA. La responsabilidad correspectiva existe cuando, ausente el acuerdo tácito o expreso de causar el daño, se ignora concretamente quiénes lesionaron, y el homicidio resultante es imputable a cada uno de los agresores, debiéndose sancionar a todos con la misma penalidad atenuada establecida por la ley, siendo sus datos de integración la actuación de varios sujetos, la causación de daños, ignorancia de cuál de los sujetos ocasionan el daño o los daños y ausencia de coparticipación. La pena atenuada de la responsabilidad correspectiva no es aplicable para el homicidio o las lesiones con calificativas agravadoras de la penalidad, porque no se justifica que a quienes se unen para realizar aquellos ilícitos, con menores riesgos que si actuaran individualmente, se les beneficiase con una sanción incomparablemente menor. En efecto, la responsabilidad correspectiva se funda en la imposibilidad de establecer la relación causal entre el resultado y el presunto responsable, en tanto que las calificativas por su naturaleza, suponen esa relación de causalidad; y si varias personas se ponen de acuerdo para privar de la vida a un tercero, adoptando tácticas que descartan todo peligro para ellos y aseguran el éxito, en esa decisión se encuentra el mejor fundamento de la coautoría o coparticipación en los resultados que quisieron y faltaría todo motivo para adoptar la atenuación en donde precisamente haya mayor peligrosidad, si tales personas actuaron en función del propósito que fue común a todas ellas de privar de la vida al ofendido, por lQ que esa conducta de los partícipes estructura sin lugar a dudas una coautoría, si la voluntad por ellos adoptada fue establecida en momento previo a la comisión del

ilícito."

Amparo directo 280/75. Fallado el 27 e junio de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Secretario: Alberto Martín Carrasca. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Séptima Época, Volumen 78, Segunda parte, página 17 *(/US: 235518).*

"COPARTICIPACIÓN. Si el acusado intervino en la concepción, preparación y ejecución del delito, por haber aceptado la invitación que le hizo su coacusado para cometer el robo, y lo acompañó hasta el lugar de los hechos y lo esperó allí para recibirle el objeto robado, la sentencia que lo consideró coautor del delito es legal y no violatoria de garantías, ya que en el caso ninguna aplicación tiene la fracción 1 del artículo 400 del Código Penal Federal que se refiere al encubrimiento, que se refiere a la persona que no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio, pues en el caso, el acusado no sólo no impidió por los medios lícitos que tenía a su alcance impedir el delito que se iba a cometer, sino que aceptó la invitación que se le hizo para cometerlo y tomó participación en su consumación."

Amparo directo 3214/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha de 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre el promovente. 9 de marzo de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Roddlfo Chávez S. Pri~era Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXVII, página 839 *(lUS:293915).*

"COPARTICIPACIÓN DELICTIVA y ACUERDO DE LOS SUJETOS. Es presupuesto de la coparticipación delictiva (artículo 13 del Código Penal Federal), que los diversos sujetos actúen con cooperación consciente y querida. La culpabilidad abarca la consciencia de la cooperación en la obra conjunta y por consiguiente del acuerdo recíproco. Este acuerdo puede surgir antes de dar comienzo a la ejecución del hecho delictivo o durante la misma ejecución. La parte que cada autor consciente realiza, constituye la parte de un todo que es el delito y, por tanto, no responden solamente del resultado de su conducta concreta, sino del delito considerado unitariamente."

Amparo directo 1134/72. Juvenal Ramírez Rodríguez. 4 de septiembre de 1972. Mayoría de tres votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Disidentes: Ernesto Aguilar Álvarez y Manuel Rivera Silva. Sexta Época, Segunda Parte,Volumen CXXXVI, página 37. Amparo directo 5318/67. Maurice Dwaine Robert. 17 de octubre de 1968. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez. Véase: Jurisprudencia 83, 84 Y 257, páginas 182, 185 Y 522, Segunda Parte del *APéndice de jurisprudencia de*]917 a 1965. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volumen 45, Segunda Parte, página 18 *(lUS: 236400).*

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

ANTOLlSEI, Francisco: *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1947; CARRANCÁ y RIVAS, Raúl: *La participación delictuosa. Doctrina y ley penal,* México, 1957; CARRARA, Francisco: *Programa del Curso de Derecho Criminal,* Bogotá, 1956; CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Editorial Porrúa, 10. edición, 1976; CAvAIJ..O, Vincenzo: *Diritto Penale,* 11, Napoli, 1955; CUELLO CALÓN, Eu,genio: *Derecho Penal,* 11, 12& edición, Barcelona, 1964; FRANCO GUZMÁN, Ricardo: *El Concurso de personas en el delito.* Procuraduría General de la República, Publicaciones Especiales, México, 1959; FERRI, Enrique: *Principios de Derecho Criminal,* 1ª edi-

ción, Editorial Reus, Madrid, 1933. Trad. José Arturo RODRfGUEZ MUÑoz; FONTÁN BALESTRA, Cat'los: *Derecho Penal,* 3- edición, Buenos Aires, 1957;JIMÉNEZ DE AsÚA, Luis: *La ley y el delito,* Ed. Hermes, 2- edición, 1954; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* 11, Madrid, 1957. Trad: José Arturo RODRÍGUEZ MUÑoz; MAGGloRE, Giuseppe: *Derecho Penal,* 11, 5- edición, Bogotá, 1954; RANIERI, Silvio: *Diritto Penale,* Milano, 1954; SAUER, Guillermo: *Derecho Penal, Parte General,* Barcelona, 1956. Trad. Juan DEL ROSAL Y José CEREZO; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 11, Buenos Aires, 1951; VILLALOBOS, Ignacio: *Derecho Penal Mexicano,* Ed. PorTÚa, S. A., México, 1960; WELSEL, Hans: *Derecho Penal,* Depalma Editores. Trad. Carlos FONTAN BALESTRA.

CAPÍTULO XXVI

EL CONCURSO DE DELITOS

SUMARIO

1. La ubicación del concurso en la sistemática del Derecho penal.-2. Diversas hipótesis con relación a la conducta y a la lesión jurídica.-3. El delito continuado: *A)* Concepto; *B)* Elementos; C) Consumación.-4. La naturaleza jurídica del delito continuado.-5. El delito continuado y el concurso de delitos.-6. El concurso real y su punición.-7. El concurso ideaL-B. Clases de concurso ideal.

1. LA UBICACIÓN DEL CONCURSO EN LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO PENAL

Nada fácil resulta, en verdad, la solución del problema de la ubicación del concurso en la *.sistemática* del Derecho penal. Si bien en un principio se aceptó como solución, en la dogmática alemana, tratar el concurso de delitos dentro de la *teoría de la acción,* modernamente se estima más adecuado ubicarlo en la *teoría del tiPo,* en la *de la pena* o bien dentro de las *formas de aparición del delito.*

Comentando el Código español, RODRÍGUEZ MuÑoz. opina que en un tratado expositivo del Código de su país, el concurso de delitos debería, en estricto rigor, situarse en la parte relativa a la pena, por más que no ha sido éste el camino seguido por la mayoría de los especialistas del Derecho pena1.[1] Nuestro Código, al igual que el español, el chileno y otros más, sitúa las reglas relativas al concurso de delito dentro del título de *aplicación de sanciones,* no pudiendo en esa virtud desconocerse que el concurso es, fundamentalmente, un problema de aplicación de la pena. Por ello resulta interesante el que MEZGER, desechando el criterio que pretende la división y distribución de la total teoría del concurso entre la teoría del delito y la teoría de la pena, considere mejor examinar aquélla en la *teoría del delito,* posición que compartimos plenamente.[2]

---

[1] MEZGER: *Tratado de Derecho Penal,* n, p. 359, en nota, Madrid, 1957.

[2] MEZGER: *Tratado,* 11, pp. 359-360. Aunque Eduardo NOVOA reconoce que la ley chilena incorpora el concurso de delito a las reglas sobre aplicación de las penas, estima que por razo

2. DIVERSAS HIPÓTESIS CON RELACIÓN A LA CONDUCTA Y LA LESIÓN JURÍDICA

Sin entrar en mayores consideraciones respecto al carácter finalista de la conducta, puesto que la meta propuesta es factor esencial en l:¡l realización del delito (aun cuando se presenten diversos resultados), debe aceptarse el hecho de que la finalidad perseguida por el autor juega trascendental papel en la comprensión del concepto de la conducta (acción). No se trata de estructurar su noción en un criterio estrictamente *finalista,* lo que implicaría suponerla henchida de valoración y con un contenido doloso, sino entenderla en su acepción natural pero sin perder de vista que es expresión de la *voluntad* del hombre. .

El anterior concepto resulta de utilidad para esclarecer cuándo se está en presencia de *una* o de *varias* acciones. Es claro que si un sujeto tiene el propósito de matar a otro y asesta varios golpes con el puñal sobre el cuerpo de la víctima, logrando el objetivo previsto (muerte), existe *unidad* en la conducta (acción) y en el resultado (delito), hipótesis elemental a pesar de haber sido *varios* los *actos* realizados que se encuentran en relación -de *dependencia* unos de los otros a virtud de ir encaminados, todos ellos, a la realización de un mismo fin delictuoso. Este punto de partida nos lleva a considerar posibles, en función de la conducta y de la lesión jurídica las siguientes hipótesis:

a) Unidad de conducta y delito;

b) pluralidad de conductas y unidad de delito (delito continuado); *c)* unidad de conducta y pluralidad de délitos (concurso ideal o formal), y

d) pluralidad de conductas y de delitos (concurso real o material).[3]

---

nes didácticas es preferible incluir el concurso en la parte relativa a las "variaciones de la responsabilidad penal", considerando que al darse el concurso desaparece la posibilidad de aplicación de las reglas legales para el normal caso en que una persona responde de la imputación de un solo hecho que genera una sola responsabilidad. No obstante, el autor chileno no pierde de vista que el concurso debe quedar estrechamente vinculado a la tipicidad, no sólo por cuanto supone un cúmulo de tipos diversos, sino porque siendo un problema más legal que natural. queda normalmente situado al nivel de los tipos penales. *Curso de Derecho Penal Chileno, 11,* p. 250, Editorial Juridica de Chile, 1966.

[5] PORTE PETIT describe los casos posibles de la siguiente manera: *a)* Una conducta y una lesiónjuridica; *b)* Varias conductas y varias lesionesjuridicas, con unidad de propósito e identidad de lesión juridica; *c)* Una conducta y varias lesiones juridicas compatibles entre sí; *d)* Varias conductas y varias lesiones juridicas. sin unidad de propósito y con identidad o no de lesión juridica; *e)* Varias conductas y varias lesiones juridicas con unidad de propósito e identidad de lesión juridica, de bienes no disponibles. *Programa de la Paru General del Derecho Penal,* p. 618, México, 1958.

3. EL DELITO CONTINUADO

A) CONCEPTO. Aunque algunos hacen remontar a los *prácticos* italianos[4] el origen de la figura del delito continuado, como una medida tendiente a lograr la reducción de la penalidad en el caso del hurto, a cuyo efecto se sostuvo la comisión de un solo delito cuando se hurtaba en un mismo lugar,[5] aunque en tiempos distintos, pero en forma "continuada", otros en cambio estiman que sólo a principios del siglo XIX se inicia realmente la polémica tendiente a la determinación de su concepto, a cuyo fin los autores se inclinaron a una construcción *subjetiva* o bien *objetiva,* dirigidas ambas a explicar racionalmente la *unidad* de las diversas acciones que lo configuran.

El criterio *subjetivo* enlaza, con el ámbito de la culpabilidad, el concepto del delito continuado y considera concretamente a la *inten ción,* al *propósito* o al *designio* como fundamentos de la unidad que lo caracteriza.

Este criterio, que da a la *unidad del propósito* o del designio carácter esencial, no prescinde de otros elementos objetivos para estructural la noción del delito continuado, pero aclarando que éstos; por sí, ca. recen de significación. Las conductas sucesivas, esto es, la repetición de las acciones criminosas integran un solo delito en virtud del *propó. sito* criminal idéntico en todos los actos ejecutados. Sólo así, en función del elemento subjetivo, quedan las acciones unidas para configurar un delito único, pues como lo destacaronPEssINA[6] y MITIERMAIER, la pluralidad de los actos ejecutados en tiempos diversos, constituyen la *exteriorización de la unidad del propósito.* [7].

La crítica a las diversas posiciones subjetivas ha sido no sólo aguda sino mordaz. Los alemanes primero y los italianos después, pusieron en evidencia que no hay razón, a pretexto de un propósito o resolución única, para considerar como un solo delito a las conductas que,

---

[4] ..... La idea del delito continuado fue desconocida para el Derecho romano y el germano; y si posteriormente se citan a este respecto los textos romanos, creemos es debido, más que a otra cosa, a las necesidades del método que se utilizaba. Se atisba embrionariamente la idea en los postglosadores, y tiene su origen en los prácticos italianos y principalmente en FARINACCIO, aunque su concepto no dista mucho del de CLARO, para evitar que como consecuencia de la dura penalidad existente en la época se impusiera la pena de muerte al autor del tercer hurto". César CAMARGO HERNÁNDEZ: *El delito continuado,* p. 19, Barcelona, 1951.

[5] Igualmente se consideró, por FARINACCIO, que cuando en una sola noche y en tiempo continuado, se cometieron varios hurtos en diversos lugares y sobre diversas cosas, para los efectos de la aplicación de la pena debía estimarse cometidolln solo delito de hurto.

[6] Para el eminente autor italiano, el delito continuado "es una repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí; pero unidos en una sola conciencia delincuente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mi~mo propósito criminoso". *Elementos de Derecho Penal,* p. 344, Madrid, 1892.

[7] Cfr. Eduardo NOVOA, *CUTSO de Derecho Penal Chileno,* 11, p. 270, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

por reunir los caracteres del hecho punible, integran jurídicamente *varios* delitos.

El criterio *objetivo,* en oposición al anterior, trata de explicar la unidad de las diversas conductas en el *interé~* o en la *norma infringida,* para no mencionar sino dos de los caracteres destacados. Con esto queda patente que en el recinto propio de cada uno de los criterios enunciados, los autores han discrepado seriamente entre sí, lo cual ha venido a convertir la cuestión en una de las más complicadas de la dogmática penal.

Una tercera posición doctrinal estima que sólo es posible sostener la *unidad del delito,* a pesar de la pluralidad de conductas o acciones, cuando se acepta como punto de partida la *unidad de la resolución,* a la cual vienen a sumarse requisitos de estricta naturaleza objetiva, tales como la *unidad del bien jurídico* o la *identidad del tiPo.* En consonancia con lo últimamente expuesto, un concepto jurídico *subjetivo-objetivo* del delito continuado no puede prescindir, en criterio nuestro, de la directa referencia tanto a la *pluralidad de conductas* como a la *unidad del propósito delictivo* y de la *lesión jurídica.* CUELLO CAi.óN estima, siguiendo idéntico criterio, que la referida especie de delito existe cuando el' agente, *con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución de un solo y único delito,*[8] pareciéndonos excelente la definición de SOLER en cuanto afirma que el delito continuado sería... *"el que se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la le,;* ".[9]

---

[8] *Derecho Penal,* 1, p. 641, 14" edición, Barcelona, 1964.

[9] *Derecho Penal Argentino,* n, p. 341. Buenos Aires, 1951. l'ara Alfonso REYES entiéndese por concurso continuado (delito continuado) *aquella pluralidad de comportamientos que, cohesionada por un solo designio, vulnera en diversas oportunidades el interés jurídico protegido por un mismo tiPo legal,* destacando como sus características las siguientes: a) *Pluralidad de comportamientos;* b) *pluralidad de adecuaciones al mismo tiPo legal;* c) *unidad de designio. Derecho Penal, Parte General,* pp. 212 a 214. Octava edición, Universidad Externado de Colombia, 1981. Por su parte, Eduardo ESTRADA OjEDA se adhiere a la teoría subjetiva-objetiva por considerarla "más completa" por el hecho de tomar en cuenta ese elemento que consiste en la *resolución unitaria.* "Es decir -expresa-, de acuerdo con nuestro criterio personal, no es posible fundamentar l~ naturaleza jurídica de la institución, sin tomar en cuenta el aspecto subjetivo (recordemos lo que a este respecto expresa DE MÁRSICO), puesto que es precisamente dicho aspecto el que le otorga una característica singular a la figura. De otra manera es posible suponer que se le llegara a identificar, de acuerdo con la teoría objetiva pura, con el concurso real, o por lo menos a estimar el delito continuado como una excepcio~al hipótesis del concurso real". *Delito continuado.* Revista Jurídica Veracruzana, Tomo IX, número 2, pp. 163-164. Año 1968. Al comentar la legislación penal Colombiana (ya abrogada), Luis Enrique ROMERO SOTO afirma que el artículo 32 contempla el delito continuado al decir que *"se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revela ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de la sexta parte a la mitad",* observando que la propia redacción de la norma se considera está poniendo de relieve que en dicha legislación el delito continuado es una ficción legal, como también lo es en la italiana (art. 81), cuyos requisitos son: unidad del agente; pluralidad de lesiones; violación de la misma disposición de la ley,

B) ELEMENTOS. Destacan nítidamente, de las definiciones apuntadas, que el delito continuado contiene los siguientes elementos:

a) *Pluralidad de conductas.* Este elemento, de naturaleza estrictamente objetiva, no puede determinarse en su verdadera relevancia sino en función del precepto penal, dado que el delito continuado es reiterada violación de la norma. Ahora bien, como la práctica presenta múltiples casos en que la conducta delictiva, sea positiva (acción) o negativa (omisión) hace necesaria una pluralidad de movimientos corporales o inactividad es, sin que ex.ista *autonomía* entre cada una de esas expresiones de voluntad, como en la hipótesis de quien al golpear repetidamente sobre el cuerpo de la víctima le infiere múltiples lesiones con resultado de muerte, en cuyo supuesto existirá un solo hecho de homicidio originado con una sola acción integrada por varios actos, la doctrina penal se ha esforzado por distinguir con claridad entre el concepto de *acción* y de *acto.*

La solución a este problema lo encontramos en d razonamiento de Luigi PILLITU, que acude al concepto de ;acción u omisión entendidas como *actuación comPleta* de la voluntad del autor en relación al delito, de manera que ubicados en ese punto de partida es fácil colegir que el *acto* constituye *una parte* o momento de la acción, es decir, "la parcial actuación de la voluntad criminosa"[10] De ahí que el delito continuado supone, en primer término, una pluralidad de conductas perfectas y autónomas entre sí en su valor puramente objetivo.[11]

Interesante resulta determinar el lapso que debe existir entre una y otra conducta. Aun cuando MANZINI12 ha externado el Criterio de que la actuación criminosa puede realizarse en un período *cualquiera,* dado que el tiempo transcurrido entre una y otra conducta (acción)

no es por sí capaz de interrumpir el nexo de la continuidad, es preciso tener presente que la lejanía temporal o espacial de las.acciones puede ser interpretada como síntoma de una resolución n~eva que interrumpa la continuidad necesaria en esta peculiar forma del delito. En realidad, lo importante es que las acciones constituyan *la expresión de una misma resolución delictiva,* con lo cual pasa a segundo término la consideración del tiempo y lugar de dichas acciones13

b) *Unidad de propósito.* Diversas denominaciones se han dado a este segundo elemento del delito continuado, pues también se reafir-

---

y, sobre todo, la existencia de un designio criminoso. *Derecho Penal Parte General,* Vol. 11, pp. 397-398. Editorial Témis, Bogotá, 1969..

[10] Cfr. César CAMARGO, *ob. cit.,* p. 54.

[11] Esta pluralidad de acciones, como finamente lo observó CARRARA, implica *discontinuidad* en el tiempo, y¡j. que cada una de ellas, perfecta por acabada, requiere de las demás para establecer la *continuidad* necesaria a'la *unidad* del delito. *Programa,* parág. 1241.

[12] *Tratado de Derecho Penal,* III, p. 437, Buenos Aires, 1949. Trad. Ricardo C. NÚÑEZ y Ernesto GAVlER.

[13]Cfr. SOLER: *Derecho Penal Argentino,* 11, pp. 350-351, Buenos Aires, 1951.

ma, con referencia a él, que consiste en la *unidad de resolución,*[14] *unidad de plan o proyecto,* [15] *unidad de designio,*[16] *unidad de deseo o unidad de pensamiento.*[17]

Contrariamente a la importante corriente de juristas alemanes, que propalan el criterio *objetivo* del delito continuado, tanto en Italia y España como en México parece privar un criterio mixto, que acude para estructurar la noción de esta peculiar forma del delito a la pluralidad de acciones y a la unidad del propósito delictivo, cuando la fusión de estos dos elementos produce la violación de un mismo bien jurídico (unidad de lesión).

MI1TERMAlER había destacado ya la razón que establece la unidad en el delito continuado, poniendo de relieve que es la *voluntad* criminal, de menor intensidad y gravedad que en el concurso real, lo que hace realidad el vínculo de unión entre las diversas acciones ejecutadas. Este criterio lo ha compartido Gustavo LABATUT en Chile, al dar a la *unidad de resolución* carácter de factor esencial en el delito continuado, puesto que de no existir dicha unidad "cada acción constituiría un delito independiente"[18]

La unidad de propósito, como lo han destacado ya eminentes penalistas, sirve de conexión entre las diversas acciones para dar a éstas, en la sentencia, tratamiento de delito único. Justificase por tanto plenamente la conclusión de Juan DEL ROSAL, en el sentido de considerar que el fundamento dogmático y técnico del delito continuado "radica en el ámbito de la culpabilidad, sirviendo de frontera objetiva los otros dos elementos de 'unidad del bien jurídico' y 'homogeneidad en las acciones'..." [19]

---

[14] Esta primera expresión es usada. entre otros. por AuMENA en Italia y por SOLER en Argentina. objetándose por sus opositores que en ciertos casos esa unidad de resolución es inexistente, porque el sujeto ha querido varios hechos delictivos con las consi'guientes lesiones jurídicas.

[15] En este-sentido. BETrIOL: *Diritto Penale, Parte Generale,* p. 415;Palermo. 1945.

[16] Úsase la palabra *designio* como sinónimo de *proyecto* y se alude con ella al elemento subjetivo del delito. CARRARA la empleó y posteriormente fue acogida en la fórmula adoptada por el vigente Código italiano.

[17] Para LEONE el *deseo* expresa cabalmente el concepto de *designio criminoso,* a cuyo efecto nos recuerda que cuando el interés pasa al estado de deseo (inmediatamente antes de que acaezca la fase volitiva) es precisamente cuando Mse perfila el bien, que el juicio de utilidad ha declarado apto para satisfacer su necesidad. Este deseo pasará entonces a través de las fases deliberativa y resolutiva y estallará en conducta externa". *Del reato abituale,* p. 279. La última de las expresiones citadas *(unidad de pensamiento)* la adopta PELÁEZ DE LAS HERAS, considerando que por su amplitud puede comprender tanto al propósito como a la resolución. Cfr. César CAMARGO. *ob. cit.,* pp. 50-51.

[18] *Derecho Penal,* l. p. 208, 4" edición, Editorial jurídica de Chile, 1963.

[19] *Derecho Penal Español (Lecciones)* 11, p. 158, Madrid, 1960. BETrlOL afirma, en este punto, que para poder constituirse una hipótesis de delito continuado se requiere, además de la *pluralidad de acciones* y la *violación de una misma disposición legal* (con el alcance que le otorga a esta expresión), la existencia de un elemento de carácter subjetivo, como lo es la *identidad del designio criminoso,* pues es a través de éste que multitud de autores arriban a la conclusión de que el delito continuado debe considerarse como unitario *(MPero ello por error"),* como lo

c) *Identidad de lesión jurídica.* No obstante que algunos autores hablan de violación a un mi!!mo precepto penal o de identidad de norma, de bien jurídico, de unidad de tipo, etc., hemos preferido la expresión *identidad de lesión jurídica* que, por su latitud, puede comprender la idea que entraña directa referencia a la norma incriminadora, así como al bien jurídico tutelado.

Se ha discutido sobre el correcto alcance de la unidad de la lesión jurídica. Así, mientras algunos han querido ver en ella un carácter restrictivo de la continuación, otros sostienen una mayor comprensión de casos en los que no resulte indispensable una nueva determinación criminal. Puede, pues, sostenerse la existencia de continuidad en el delito cuando, aun tratándose de tipos distintos, aunque subordinados (robo y robo con violencia) exista vinculación entre las diversas acciones realizadas, a virtud de la unidad de propósito o determinación delictuosa.[20]

---

sostuvo B. ALIMENA al expresar que la identidad de resolución criminosa implica una determinación única y por tanto una misma volición, "sin que importe que la volición, única en la conciencia del reo, actúe, a veces, de manera discontinua", con lo cual se identificaba el elemento psicológico del delito continuado con el dolo. "Pero bien mirado el asunto -expresa textualmente BE1TIOL-, si es cierto que el delito continuado se resuelve en una hipótesis de concurso real, de allí se deriva que todo delito debe estar animado por una resolución propia e independiente, que podrá identificarse con el dolo cuando se trata de delitos dolosos y podrá asumir la forma de la culpa en los culposos. No excluimos, en realidad, la posibilidad de admitir continuación también en los delitos culposos. Si el designio criminoso no se identifica en las resoluciones particulares que están en la raíz de todo delito en continuación, debe considerársele, entonces, como un lazo psicológico que vincula las concretas voliciones particulares... Sostenemos, pues, que en el concepto de designio criminoso, es determinante el elemento intelectivo, ya que debe entendérseles como un esbozo, como un programa que el agente ha ideado y que desea realizar sucesivamente en épocas y lugares distintos y también en perjuicio de sujetos diferentes. Lo que importa es que el designio criminoso permanezca idéntico, porque si el agente cambia el programa, si se determina en virtud de otros fines con métodos distintos de los que había dispuesto, no podrá hablarse de identidad de designio y también desaparecerá la unidad que caracteriza al delito continuado". *Derecho Penal. Parte General,* pp. 559-561. Editorial Témis, Bogotá, 1965. Trad. Dr. José Luis PAGANO.

[20] "Lo importante -dice SOLER- es el *modo de violar la ley.* Así, existirá continuación entre hurto simple y hurto calificado, puesto que este último está con el primero en una relación de *minus-plus.* En cambio, no debe admitirse continuación cuando la incriminación principal varía, como por ejemplo si primero se hurta y luego se estafa." *Derecho Penal Argentino,* III, p. 352, Buenos Aires, 1951. En idéntico sentido BETTloL, al propalar el criterio de que la primera parte del artículo 81 del Código Penal Italiano estatuye que las acciones pueden perpetrarse aun en tiempos *distintos* y en *lugares diversos,* siendo necesario sin embargo que la penalidad de acciones u omisiones determine una pluralidad de violaciones a la *misma disposición legal, aunque sea de distinta gravedad;* para lo cual aduce que la misma disposición legal no equivale al mismo artículo de un ordenamiento jurídico, dado que si así fuese "no sería posible la continuación entre uil hurto tentado y uno consumado, entre un hurto simple y uno agravado, entre uno común y otro militar... Es preciso, pues -sigue diciendo-, para determinar qué. se entiende por la 'misma disposición' legal, atender a la identidad del precepto jurídico, de la orden que puede encontrarse especificada en una multiplicidad de disposiciones legales distintas, sin que por ello éstas deban considerarse 'diversas', para excluir la figura de la continuación. La orden *no hurtar* se halla específicamente en la disposición del artículo 624, en la del artículo 625 yen la del articulo 262 del C. P. Mil., por lo que podrá haber continuación entre un hurto simple y uno agravado, entre uno común y otro militar". *Ob. cit.,* p. 558-559.

C) CONSUMACIÓN. En general, Be afirma, que el delito se consuma *cuando se integran todos sus elementos constitutivos.* Nos mostramos por ello de acuerdo con PORTE PETIT, quien en atención a la estructura del delito continuado, estima que se forma con un *período consumativo,* el cual se inicia desde el momento en que exista *pluralidad* de conductas, siendo tal período más o menos largo pero *discontinuo,* a diferencia del delito permanente en que se da un período consumativo continuo.[21] Esta afirmación implica la negación de las posiciones doctrinales que, o privan al delito continuado de una consumación propia,[22] o bien lo estiman consumado hasta que se realiza la *última* conducta.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO CONTINUADO

Son dos fundamentalmente los criterios sostenidos por la doctrina penal, respecto a la naturaleza del delito continuado:

a) *Teoría de la ficción.* Parte de la consideración de que el *conjunto de acciones,* integrante del delito continuado, constituye la *suma de acciones* que, separadamente consideradas, integran una violación perfecta a la norma penal. La *unidad* de las diversas acciones se integra en atención al elemento subjetivo, identificado en el *mismo propósito criminal,* siendo su finalidad la de evitar una innecesaria acumulación de sanciones. Este fenómeno se produce a virtud de una *ficción jurídica,* pues la ley, otorga tratamiento de *delito único* a un conjunto de acciones que en el orden material integrarían, con toda evidencia, una pluralidad de delitos autónomos. MANZINI, defensor de este criterio, se permitió expresar que "la voluntad del Estado ha impuesto considerar como un solo delito una pluralidad de delitos, sobre la base de una excepcional apreciación de la resolución criminal, imponiendo conscientemente una noción en sí misma no verdadera (delito único) , de un estado de hecho exactamente conocido en su realidad (pluralidad de delitos): ello ha creado una ficción jurídica".[23] Entre los españoles, CUELLO CALÓN recuerda que tanto la doctrina penal moderna como la jurisprudencia, "han mantenido esta figura jurídica con la finalidad benévola de conseguir una ate~uación de la pena", lo que lo lleva a afirmar que comúnmente se considera al delito continuado

---

[21] *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* p. 624, México, 1958.

[22] En esta posición se ubica PILLITU, al partir de la consideración de que el delito continuado *no tiene un resultado propio,* dado que se integra con una *pluralidad de efectos nocivos,* esto eS, *pluralidad de violaciones jurídicas* y por ello con una *multiPlicidad numerariamente equivalente de resultado* para agregar que si el delito se dice consumado cuando se ha verificado el evento, lógicamente *tiene un momento consumativo, pero no una consumación proPia, Il reato continnuato,* pp. 110-111, Padova, 1936. Cfr. cit. en PORTE PETIT, *ob. cit.,* p. 623.

[23] *Trattato* di *Diritto Penale,* 11, p. 522.

como una "ficción jurídica", opinión que le parece la más certera, pues efectivamente "es una ficción favorable a los delincuentes".[24]

b) *Teoría de la unidad real.* Otro sector de la doctrina, al negar el criterio de la ficción jurídica del delito continuado, afirma que éste constituye una realidad que responde a la verdad de los hechos. En esta posición, SOLER aduce que si bien la figura no se encuentra prevista en la ley de su país, como tampoco lo está en muchos otros códigos del mundo, "su realidad es tan evidente, que, a pesar de ese silencio, la práctica ha debido reconocerla, para aplicar no una pena acumulada, sino una pena única. La causa de que se niegue a veces aplicación a la teoría del delito continuado debe buscarse -afirma SOLER-, en la exagerada extensión que, a veces, se ha acordado a la figura del delito continuado. Reducido a sus justos límites, la doctrina puede funcionar sin peligro, y la apreciación de los casos de unidad de delito por continuación se debe basar, sobre todo, en la irrelevancia que, con respecto a determinada figura, tenga la fragmentación de los actos consumativos..." [25]

En México, Eduardo ESTRADA OjEDA se muestra con toda razón partidario de esta posiciór doctrinaria, aduciendo que si no se puede negar la posibilidad del designio criminoso con carácter unitario, tampoco se puede afirmar *si es dable el que exista* se trate de una ficción jurídica, *"puesto que lo que existe no puede ser en manera alguna ficticio ".*[26]

No desconocemos, por nuestra parte, las numerosas objeciones hechas a la realidad natural de la unificación propuesta por el delito continuado, así como los excesos que puede originar su aplicación irracional. Corresponde a la responsabilidad del juez establecer la presencia de la unidad del propósito o resolución delictiva, como sintomática presencia del *dolo unitario* que acompaña las diversas conductas ejecutadas, con exclusión del principio *in dubio pro reo* que carece de aplicación en este caso. Como lo aprecia MAuRAcH, las ventajas de la restricción son evidentes por cuanto se limita la extensión del delito continuado "a una medida tolerable", ofreciendo "asideros relativamente seguros para su determinación", por más que el propio jurista ha puesto de relieve las dificultades que en el caso concreto encierra el deslinde entre el *dolo conjunto* y el *plan conjunto del autor.*[27]

La ley penal del Distrito Federal, que no contemplaba el delito continuado, lo recogió a través de la reforma de 1983, pues. el artículo 72, después de definir el delito, agrega que el mismo puede ser:

---

[24] *Derecho Penal,* 1, p. 642, 141 edición, Barcelona, 1964.

[25] *Derecho Penal Argentino,* 11, p. 360, Buenos Aires, 1951. En idéntico sentido, Francisco MADARlAGA, *Delito continuado.* Enciclopediajurídica. Omeba, VI, pp. 264-265, Editorial Biblio gráfica Argentina, 1957.

[26] *Delito continuado.* Rev.jurídica Veracruzana, IX, núm. 2, p. 162, 1958.

[27] *Tratado de Derecho Penal,* 11, pp. 430-431, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Trad. juan CÓRDOBA RODA.

"III. *Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".* Con posterioridad y en decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 13 de mayo de 1996, el texto de la referida fracción quedó redactado de la siguiente manera: "(...) III. *Continuando, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo* precepto legal. Por último, el Código vigente para el Distrito Federal se ocupa del *delito continuado* en su artículo 17, párrafo tercero, identificándolo como aquel en que *"con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tiPo penal",* advirtiéndose de la comparación de tales textos que en los dos últimos se adicionó a la *pluralidad de conductas* y a la *violación de un mismo precepto penal,* unidas aquéllas por *idéntico propósito delictivo* (unidad de propósito), el que recayera sobre el mismo *sujeto pasivo,* adición que para algunos resulta acertada ya que, desecha la posibilidad de considerar la existencia de un delito continuado en los casos de "sujeto pasivo-masa", esto es, en los casos en que una pluralidad de personas resultan .afectadas a Virtud de una pluralidad de conductas en las que el autor ha tenido idéntico propósito de violar la misma ley, cual serían los reiterados fraudes con la misma promesa de conseguir habitaciones de interés social, haciendo creer a las víctimas que el autor tiene decisiva influencia a tal fin en las dependencias oficiales correspondientes, caso que nuestros tribunales han considerado como *concurso real de delitos* y no un delito continllado de fraude. En realidad, tradicionalmente se han considerado como *elementos* del delito continuado la *pluralidad de conductas* que establecen, como dice jEsCHECK, *homogeneidad de la forma de comisión* (unidad de lo injusto objetivo de la acción); la lesión de un *idéntico bien jurídico* lo cual ~xcluye los casos de bienes jurídicos *personalísimos* (homicidio recaída en varias personas; violación en mujeres diferentes, etc.); la *unidad del dolo* identificada con la *identidad de intención* delictiva.

Si como hemos puesto. de relieve, en la doctrina se estructura la noción del delito continuado con base subjetiva, no es menos cierto que no puede prescindir de requisitos de índole estrictamente objetiva. La *reiteración* de una misma conducta o acción, que individualmente considerada es perfecta en su identidad típica, sólo puede integrar la *unidad del delito,* no obstante presentarse como una pluralidad de delitos, a virtud de la *unidad* de la resolución o del propósito del agente y a la *identidad* de la lesión jurídica. Por ello señalamos, líneas atrás, que son elementos del delito continuado la *Pluralidad de conductas;* la *unidad de propósito delictivo* y la *identidad de lesión jurídica,* caracteres que dieron fisonomía al artículo 81 del código penal italiano, el cual

exige para estructurarlo: *"un mismo. designio. crimino.so."* y la violación de *"una misma disPo.sición legal"*. De contexto similar es el reciente código penal de la república de Panamá, cuyo artículo 62 prescribe: *"Se co.nsidera cama un salo. delito. la infracción repetida de una misma disPo.sición penal cuando. revele ser ejecución del mismo. designio., pero. la pena se aumentará en ese caso., desde la sexta parte hasta la mitad"*, al igual que la legislación penal de Michoacán, promulgada en 1962, cuyo artículo 82 en su última parte señala que el delito es continuado *"cuando. el hecho. que lo. co.nstituye se integra can la repetición de una misma acción pro.cedente de idéntica reso.lución del sujeto. y can vio.lación del mismo. precepto. penal"*.

5. EL DELITO CONTINUADO Y EL CONCURSO DE DELITOS

Afirmada la naturaleza del delito continuado y precisados sus elementos constitutivos, es fácil destacar las diferencias que lo separan tanto del *can curso. real* como del *can curso. ideal* de delitos.

Si bien en el *co.ncurso. real* de delitos, como en el *delito. co.ntinuado.,* existe una pluralidad de conductas (acciones), que constituyen la nota común entre ambos, en la primera figura se dan tan variados designios o propósitos delictivos como conductas o acciones en concurso se presenten, en tanto en el delito continuado, a pesar de la referida pluralidad, no exista más que un solo propósito criminal *(unidad de pro.pósito.).* César CAMARGO hace notar que la regla apuntada tiene una excepción, ya señalada por MANZINI, en el caso que resulten lesionados bienes de naturaleza eminentemente personal y exista pluralidad de sujetos pasivos,[28] pues en esa situación hay varias acciones, unidad de precepto penal ~iolado y en algunas excepcionales hipótesis, identidad de designio o propósito, y sin embargo "constituye un supuesto de concurso material o real cuando en este caso de lesión de bienes eminentemente personales se exija la unidad de sujeto pasivo para que pueda producirse la continuación. En estos supuestos - concluye el autor citado- el criterio diferencial estaría en la unidad o pluralidad de sujetos pasivos; pero repetimos que se trata de casos verdaderamente excepcionales, pues lo corriente es la existencia de tantos

---

[28]Se ha discutido, con más o menos vehemencia, si la *unidad de sujeto pasivo* constituye o no elemento del delito continuado. Desde CARRARA, quien se inclinó por la solución negativa, al declarar indiferente la unidad o pluralidad de sujetos pasivos, ésta parece ser la solución propuesta por la mayoría en el campo de la doctrina. Fue en Alemania donde primeramente se propuso la solución opuesta, declarándose partidarios de la unidad del sujeto pasivo los antiguos tratadistas como SCHÓTER y PUTIMAN, aunque en la actualidad puede decirse que priva una posición ecléctica, por cuanto se afirma la unidad de sujetos pasivos cuando sean lesionados bienes de naturaleza eminentemente personal, pero reconociendo la posibilidad de la pluralidad de sujetos pasivos en los demás casos.

designios como delitos y entonces nos encontramos ya dentro de la regla general".[29]

Más sencilla aún se presenta la distinción entre el *delito continuado* y el concurso ideal de delitos. En efecto, mientras en el primero se exige una *pluralidad de conductas,* en el segundo se precisa una *conducta singular.* Asimismo, la diferencia surge si se considera que normalmente, en el concurso ideal se da una *concurrencia efectiva de normas compatibles entre sí,* mientras en el delito continuado existe *violación reiterada de un mismo precepto penal* (identidad de lesión jurídica).

6. EL CONCURSO REAL YSU PUNICIÓN

Existe concurso real de delitos *cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, sí no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita.* [30]

El primitivo texto del artículo 18 del Código penal, dando relevancia, en el concurso real, a la necesidad de una sola condena, con justificado espíritu de justicia, siguiendo en este aspecto la más clásica de las corrientes, declaró: "Hay ~cumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguidos no está prescrita". Por ello, comentando dicho texto afirmamos que se daría el concurso real y por ello la acumulación, cuando concurrieran los siguientes requisitos:

a) Que *existiera identidad en el sujeto activo;*

b) Que hubiera una *pluralidad de conductas;*

e) Que se diera una *Pluralidad de delitos;*

d) Que *no existiera sentencia irrevocable* respecto de los delitos en concurso, y

e) Que la acción penal *no se encontrare prescrita.* [31]

---

29 CAMARGO HERNÁNDEZ, *ob. cit.,* p. 24, en nota.

30 "Hay concurso real de delitos -dice NOVOA- cada vez que un mismo sujeto ha realizado dos o más conductas independientes, cada una de las cuales constituye un hecho delictivo (por concurrencia en cada uno de los elementos necesarios para dar origen a responsabilidad penal), sin que haya recaído sentencia penal ejecutoriada respecto de ninguna de ellas". *Curso de Derecho Penal Chileno,* 11, p. 255, Editorial jurídica de Chile, 1966.

31 Al comentar el artículo 14 del Código Penal de Michoacán, expusimos que se da. el *concurso real de delitos* "cuando una persona, mediante varios actos, comete varios delitos, estableciéndose como criterio la relación de temporalidad entre los actos y sus resultados... El Código precisa la existencia del concurso real o material en razón de la *identidad* de la persona; de la *pluralidad de delitos* y de la *pluralidad de los actos,* subordinando la configuración del concurso a los siguientes requisitos: a) *que no se haya producido antes sentencia irrevocable,* y *b)* que la acción para perseguirlos no *se encuentre prescrita",* PAVÓN VASCONCELOS yVARGAS LÓPEZ.

El artículo 18 de la codificación penal federal, en su última reforma, se ocupa del *concurso real* y del *concurso ideal,* declarando con relación al primero:. *"Existe concurso real, cuando con Pluralidad de conductas se cometen varios delitos",* en tanto el Código'vigente en el Distrito Federal contempla dichas figuras en el artículo 28, ocupándose del *concurso real* en su párrafo segundo al expresar: *"Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos",* limitando ambos dispositivos su noción a dichas *Pluralidad de conductas* (acciones u omisiones) y *tiPos penales,* con diversas realidades temporales, sin introducir en ellas cuestiones de tipo eminentemente procesal y que constituyen condición necesaria para la aplicación de la regla punitiva correspondiente, pero que nada tienen que hacer en su concepto sustantivo.

La punición del concurso real o material ha sido considerada en los diversos sistemas a los cuales habremos de referirnos de inmediato:

a) *Sistema de la acumulación material de penas.* Este sistema se hace consistir en la aplicación de todas las penas que corresponden a cada delito cometido, las cuales habrán de ser compurgadas simultáneamente si ello fuere posible. En caso contrario se compurgaráI;l. en forma . sucesiva. Este procedimiento ha sido declarado inaplicable material y psicológicamente, tratándose de delitos graves, pues la aplicación de todas las penas excedería en muchos casos la vida de un hombre.

b) *Sistema de la absorción de penas.* Este sistema pretende aplicar la pena correspondiente al delito *más grave,* considerando a los demás delitos cometidos como "circunstancias agravantes" *(poena maior absorvet minorem),* dentro "de la única escala penal que se aplica". El sistema, como lo ha des~acado SOLER, presenta el inconveniente de

---

Código Penal de Michoacán Comentado, pp. 99-100, Editorial Flama, 1965. Ignacio VILLALOBOS critica la poca claridad con que, a su juicio, nuestro sistema legal trata esta materia, pues se refiere a "acumulación" en vez de hablar de concurso de delitos, con lo que inicia el equívoco, pues existe *acumulación de procesos, acumulación de delitos* y *acumulación de sanciones,* haciéndose además aplicación simultánea de las doctrinas que hablan de unidad de acto y de unidad de hecho (art. 58) y aun de *un solo delito* (art. 59). • ¿Se hablará en ese artículo 18 de la acumulación de procesos puesto que en él se dice que *se juz.gan a la vez.* varios delitos? A pesar de que en el artículo 64 se pretende establecer lo que se hace cuando hay acumulación, ¿no hay también acumulación (jurídica de penas) en el artículo 58, aunque no sea precisamente acumulación procesal que nada interesa? ¿Se habrá dado cuenta el legislador de que en el artículo 58 permite imponer al concurso ideal una pena que puede ser mayor que la permitida para el concurso real, puesto que la pena del delito mayor, aumentada hasta una mitad más del máximo de su duración, puede ~er mucho más grave que la suma de las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, que probablem'ente fue lo que quiso decir el artículo 64, aunque no lo dice puesto que ordena sólo imponer la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta *la suma de las sanciones de los demás delitos7* ¿Debemos entender, por los términos del artículo 58, que .no cabe considerar el concurso ideal homogéneo? ¿Cabría considerar en el supuesto de un solo hecho, y por tanto en el artículo 58, la pluralidad de resultados? ¿Hay unidad (ideal) de delitos cuando un hecho (como supone el artículo 59) satisface dos tipicidades compatibles y por tanto, significa dos lesiones jurídicas?" *Derecho Penal Mexicano,* p. 492, Editorial Porrúa, S. A., Méxko, 1960.

resul~insuficiente, "pues no permite que se exceda el límite máximo déJa escala penal del delito más grave, con lo cual se puede dejar prácticamente en la impunidad una serie de hechos..." [32]

c) *El sistema de la acumulación jurídica.* Este método se hace consistir en la *suma de las penas* correspondientes a *todos los delitos cometidos,* pero autorizando una *proporcional'reducción* de las mismas y fijando un *límite máximo* que no se puede rebasar por. el juzgador. SOLER lo estima una variante del sistema de *pena única progresiva,* en el cual se afirma que si bien los delitos concurren, no puede decirse que se acumulen.[33]

El código punitivo vigente en el ámbito Federal, resuelve el problema en el artículo 64, al declarar en su párrafo segundo: *"En caso de concurso real, se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos :cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título SegUndo del Libro Primero.* La nueva ley no hace distingo alguno respecto a la gravedad o no de los delitos en concurso y consagra el sistema conocido como "cúmulo jurídico", que obliga a imponer acumulativamente las penas de los delitos cometidos. La codificación del Distrito Federal, en su artículo 79, segundo párrafo, precisa que" *Se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con la . penas que la ley contemPla para cada u1!:0 de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo* 33 *de este Código".* La nueva ley penal del D.F., toma como base la pena del delito más sancionado, dando facultad al juzgador para aumentada con las correspondientes a los demás delitos sin que exceda de las máximas señaladas en la propia ley (art. 33) .34

---

s2 *Ob. cit.,* 11, p. 363, ss *Loc, cit,*

54 Dice el artículo 72 del Código penal de aplicación local, que *"El Juez., al dictar sentencia condenatorias, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualiz.ará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culPabilidad del agente tomando en cuenta:* I. *La naturalez.a de la acción* u *omisión y los medios empleados para ejecutarJa;* 11. *La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;* 111. *Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realiz.ado;* IV. *La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima* u *ofendido;* V. *La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenez.ca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;* VI. *Las condiciones fisiológicas y psíquicas especificas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión de delito;* VII. *Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualiz.ar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;* y VIII. *Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma. Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez. deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y de los demás elementos conducentes* ",

Por último, el artículo 19 del Código federal declara: *"No hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado",* regIa que excluye la posibilidad de una "acumulación de penas" y la que ~ nuestra opinión es absolutamente innecesaria por entenderse que cuando se está en presencia de un delito continuado no puede, en manera alguna, por la unidad que 10 caracteriza, confundirse con un concurso de delitos: el delito continuado excluye necesariamente al concurso.

7. EL CONCURSO IDEAL

El mismo artículo 18 del Código Penal Federal vigente, declara la existencia del *concurso ideal, "cuando con una sola conducta se cometen vanos delitos".* Oportunamente distinguimos el *concurso aparente de normas* del *concurso ideal,* ya que si bien en ambos aparece una *concurrencia de normas,* en el primero las normas son *incompatibles* entre sí y por ello la ..aplicable *excluye* a las demás, en tanto en el segundo existe *compatibilidad* entre las mismas, 10 que origina un auténtico concurso. El Código del Distrito Federal en vigor se ocupa del *concurso ideal* en su artículo 28, diciendo: *Hay concurso ideal, cuando' con una sola acción* o *una sola omisión se cometen vanos delitos.*

El desplazamiento, característico en el conflicto de leyes (concurso aparente), de los tipos "posibles" por el tipo "necesario", dice MAURACH,35 "permite enjuiciar la acción 'unitaria' bajo *un* solo aspecto valorativo, esto es, según un tipo", en tanto el concurso ideal "se presenta como unidad de acción con necesaria pluralidad de tipos".36 Son elementos o requisitos de *concurso ideal* o *formal:*

a) Una *conducta* (acción u omisión).
b) Una *pluralidad de delitos,* y
c) El *carácter compatible* entre las normas en concurso.

La razón existente para separar y diferenciar el concurso *ideal* del concurso *real,* a pesar de que en ambos hay una pluralidad de víolaciones a las leyes penales, radica evidentemente en la *unidad* de la conducta (acción lata) o del hecho que implica también una culpabilidad singular. "El respeto al principio fundamental del Derecho penal del *non bis in idem* -expresa Ricardo C. NÚÑEZ-, exige que a esta *unidad de determinación delictiva* siga la *unidad de la pena,* excluyén-

---

35 Tratado, II, p. 46.

36 MAURACH, *loco cit.* Por su parte, PORTE PETIT enuncia las diferencias y analogías entre el concurso ideal o formal y el concurso real, de la siguiente manera: *a)* En el concurso ideal o formal existe *una conducta* y el concurso real son *varias* las que vienen a integrarJo; *b)* En el concurso ideal o formal hay varias lesiones jurídicas o delitos, fenómeno que igualmente se presenta en el concurso real; *c)* En el concurso ideal o formal pueden las lesiones jurídicas ser de igualo diversa naturaleza, lo que también puede suceder en el concurso real. *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* p. 634. México, 1958.

dose así el cúmulo de las penas correspondientes a las distintas leyes violadas".[37]

En la legislación del Distrito Federal, el primer párrafo del artículo 79 señala que en caso de concurso ideal, *"se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aPlicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos~ En ningún caso, la pena aPlicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código n.* La ley penal local de determina sanciones diversas al concurso ideal *homogéneas* y al concurso ideal *heterogéneo,* siendo evidente más grave la correspondiente al segundo de ellos, aunque en ambos casds al juzgador tiene *potestad* de acumular, las penas. En cuanto a la codificación federal, el artículo 64 adopta sistema distintivo por cuanto, sin distinguir entre dichas formas de concurso ideal, determina que en caso de dicho concu,rso *"se aPlicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad más del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".*

8. CLASES DE CONCURSO IDEAL

La identidad o diversidad de la lesiones jurídicas distinguen el concurso ideal *homogéneo* del concurso ideal *heterogéneo.* En el primero como expresa MAURACH, la misma conducta (acción) cumple *repetidamente* el mismo tipo, en tanta en el concurso ideal heterogéneo la única conducta infringe varios tipos penales.

Con toda razón, PORTE PETIT38 ve como requisitos del concurso ideal *homogéneo:*

a) Una conducta;
b) Varias lesiones jurídicas *iguales,* y
c) Compatibles entre sí.

En cambio, son requisitos del concurso ideal heterogéneo:
a) Una conducta;
b) Varias lesiones jurídicas *distintas,* y *c)* Compatibles entre sí.[39]

---

37 *Concurso de delitos,* Enciclopedia Jurídica Omeba, IU, p. 651, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

38 Programa, p. 635, en nota.

39 PORTE PETIT, *Programa, loco cit.*

JURISPRUDENCIA [40]

"ACUMULACIÓN (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). No se está en el caso de la llamada acumulación ideal, prevista en el artículo 73 del Código de Defensa Social, que opera cuando un solo hecho ejecutado en un solo acto o con una sola omisión, se violen varias disposiciones legales y donde deberá aplicarse la.sanción del delito que merezca sanción mayor, si el agente, con pluralidad de actividades, dio múltiples resultados (dos agresiones, una a cada uno de los ofendidos, con diferentes lesiones a cada uno), pues en este caso debió aplicarse el artículo 82 del ordenamiento de que se habla, aplicándose la sanción del delito más grave, que podía aumentarse hasta la suma de las sanciones correspondientes a los demás delitos, sin excederse de treinta años."

Amparo directo 4137/60. Fallado el 25 de agosto de 1960. Cinco votos. Ponente: Agustín ~ercado Alarcón. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XXXVIII, Segunda Parte, página *9 (/US: 261581).*

"ACUMULACIÓN MATERIAL (HOMICIDIO Y LESIONES). Si en los hechos el reo disparó varias veces su pistola, ello implica la realización de distintos actos y no sólo la ejecución de uno solo; consecuentemente, se trata de un caso de acumulación material, por haberse registrado diversps daños a consecuencia de actos diferentes. En esa virtud, la sentencia que condena al quejoso imponiéndole la sanción correspondiente al delito de homicidio, con aumento de la pena relativa al delito de lesiones, no es violatoria del artículo 64 del Código Penal. "

Amparo penal directo 3665/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha de 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 9 de agosto de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Relator: ~uis G. Corona. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo CXXI, página 1215 *(/US: 295438).*

"ACUMULACIÓN REAL. Cuando se realizan actos independientes con pluralidad de resultados delictivos, la regla aplicable es la de concurso material de infracciones, con posibilidad que el juzgador adecue la pena desde el mínimo del delito d~ mayor entidad hasta la suma de los extremos máximos de todos los consumados. Amparo directo 5725/72',Fallado el12 de abril de 1973. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen 52, Segunda Parte, página 13 *(/US: 236205)."*

"ACUMULACIÓN REAL, INDMDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. Tratándose de un concurso real, está en lo justo el juzgador, si observando correctamente las reglas de esta clase de acumulación, impone las penas mínimas de cada uno de los dos delitos correspondientes, sin que pueda decirse que, por razón de la mínima peligrosidad del inculpado, tuviera que sancionado únicamente con la pena del delito de mayor entidad, ya que se trata de una facultad del órgano jurisdiccional. Efectivamente, en tratándo

---

40 El término jurisprudencia ~stá empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciaJes, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

se de un concurso real, el proceso de imposición de la pena se desenvuelve en dos etapas perfectamente diferenciadas. La primera de ellas, en la que, superando el momento de su subsunción de los hechos a la figura legal, el órgano jurisdiccional, en atención a la naturaleza de los actos realizados, de los daños causados o de la personalidad del autor, de<:ide imponer la pena del delito que merezca sanción mayor, o la de todos los ilícitos cometidos..La segunda, en la que, una vez que el juzgador decidió aplicar la sanción del delito mayor, o la de todos ellos -y teniendo frente a sí los mínimos y máximos de pena que el legislador, en función de la idea de retribución, estableció para tales ilícitos-, individualiza la sanción en atención a la peligrosidad del delincuente, la cual cobra subida importancia, por ser la medida de la pena, según el criterio utilitario de la prevención especial."

Amparo directo 3404/82. Fallado el 4 de febrero de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 169-174, página 92. Amparo directo 5035/82. Fallado el 14 de enero de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Volumen 76, página 23. Amparo directo 5276/74. Fallado el 7 de abril de 1975. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Volumen 52, página 13. Amparo directo 5725/7~. Fallado el 12 de abril de 1973. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Volumen 51, página 14. Amparo directo 5294/72. Fallado del 28 de marzo de 1973. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera. Volumen 35, página 18. Amparo directo 3681/70. Fallado el17 de noviembre de 1971. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Sexta Época, Segunda Parte: Volumen XLVIII, página 13. Amparo directo 5919/60. Fallado el 15 de agosto de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Volúmenes 169-174, Segunda Parte, página 9 *(lUS:* 234349).

"ACUMULACIÓN REAL. LESIONES y HOMICIDIO. En el caso evidentemente se trata de una acumulación real, por tratarse de varios delitos ejecutados en actos distintos y no en uno solo con el que se violen varias disposicio~ nes, ya que en el drama delictuoso de que se tratase evidencia que con los diversos disparos que hizo el acusado lesionó a uno de los ofendidos y le quitó la vida a otro."

Amparo directo 2243/60. Fallado ell Q de diciembre de 1960. Unani~ midad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XLII, Segunda Parte, página 9 *(IUS: 261204).*

"ACUMULACIÓN REAL Y ACUMULACIÓN IDEAL, CONCEPTO DE. La diferencia entre el concurso formal y el material, radica en que mientras en el primero hay una sola conducta y varias lesiones jurídicas, cada una constitutiva de delito, en el concurso material hay varias conductas y varias lesiones entrelazadas, porque se dan dentro de una secuela delictiva. Si se trata de secuelas delictivas diversas, se está fuera del caso del concurso material, aun cuando pueda darse la acumulación procesal."

Amparo directo .759.0/64. Fallado el 7 de julio de 1967. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón yA. Véase: Jurisprudencia número 10, página 41, Segunda Parte, página 11 *(IUS:* 258852).

"ACUMULACIÓN REAL YNO IDEAL. No hay lugar a la aplicación de las reglas de acumulación ideal, mediante la sanción con la pena del delito mayor, si no se trata de la violación de varias disposiciones legales con la ejecución de un solo hecho compuesto por varios actos, siendo así infracc~ones independientes o entidades autónomas que tienen señalada diversa sanción cada una."

Amparo directo 2078/72. Fallado el19 de octubre de 1972. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Véase: Tesis de jurisprudencia.número 10, *Apéndice* de jurisprudencia .1917-1965, Segunda Parte, página 41. Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federacion,* Séptima Epoca, Volumen 46, Segunda Parte, página 14 *(IUS: 236371).*

"AMENAZAS. ACUMULACIÓN. El delito de amenazas consistentes en palabras o hechos que perturban la tranquilidad de ánimo de la víctima, o bien producen zozobra o perturbación psíquica en la misma por el temor de que se la cause un mal futuro y, en el caso de que tales amenazas tengan alguna consecuencia, en términos del artículo 291 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, se acumulara a la sanción establecida en el diverso 290 del mismo ordenamiento legal, la pena que corresponda al delito que resulte.".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Amparo en revisión
63/88 Fallado el 13 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Núñez Rivera. Tribun~les Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo XIV-:Julio, página 419 *(IUS: 211072).*

"BRACEROS. FRAUDE Y DELITO CONTRA LA LEY DE POBLACIÓN. Dos años se producen en el caso y dos víctimas pueden destacarse. Por una parte la de los ofendidos particulares de quienes el acusado obtuvo dinero y, por otra parte, el Estado Mexicano, y la sociedad interesada en que el país no sufra la desmembración de sus trabajadores para llevarlos, sin control ni autorización de las autori~ades, al extranjero. También es de observarse que el haber obtenido el reo, mediante engaños, dinero, es decir cometido el delito de fraude, éste corresponde al fuero común, en tanto que el delito de pretender llevar trabajadores mexicanos, al extranjero sin autorización de la Secretaría de Gobernación, o sea, el previsto en el artículo 108 de la ley de Población, es un delito del fuero federal y autónomo, es decir, independiente de aquél. Las anteriores observaciones se confirman si se piensa que los delitos de fraude y el previsto en el artículo 108 de la ley de Población pueden tener existencia independiente, y puede darse sólo el fraude,. Como sucede con el caso del simple 'embaucador', o sólo el de la ley de Población como sucede cuando hay un enganchador ilegal aunque con todo el propósito de cumplir lo prometido; y por último, también puede darse el caso de que coexistan ambos ilícitos, pero sin conjugarse, sin confundirse. Por las consideraciones anteriores no puede estimarse que en. el caso exista una acumulación ideal o concurso formal de delitos pues no se trata de que con un solo

acto se violen varias disposiciones penales, pues, se insiste, el evento que se considera está integrado por una serie de actos, daños y ofendidos diversos, por lo que no puede estimarse, como a primera vista pudiera pensarse, en. la aplicación del artículo 58 del Código Penal Federal, máxime cuando se trata de delitos y leyes de diversos fueros. "

Amparo directo 5823/57. Fallado el 29 de enero de 1959. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Me,rcado Alarcón. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Epoca, Volumen XIX, Segunda Parte, página 68 *(IUS: 263128).*

"COMPETENCIA. CONCURSO REAL ENTRE LOS DELITOS DE PORTACIÓN DE ARMA PROHIBIDA Y AMENAZAS. Si en contravención al artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el inculpado ya porta una pistola con la que amaga al pasivo, como el ilícito de portación de arma prohibida está consumado, ya que dicha consumación perdura en el tiempo, se trata entonces de acciones diferentes, constitutivas de un concurso real, motivo por el cual el fuero federal no puede atraerse al otro ilícito, debiendo el juez Federal avocarse únicamente al conocimiento del ilícito de portación de arma y el de orden común al de amenazas."

Competencia 305/82. juez Segundo ~e Distrito en Materia Penal en el Estado de jalisco y el juez de Primera Instancia en jalostotitlán, de la misma Entidad Federativa. 30 de marzo de 1984. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Competencia 298/82. juez Segundo de Distrito en Materia Penal en el Estado de jalisco y eljuez de Primera Instancia jalostotitlán, jalisco. 28 de marzo de 1984. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuev~s Mantecón. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Epoca, Volúmenes 181-186, Segunda Parte, página *(IUS: 234225).*

"COMPETENCIA. DELITO CONTRA LA SALUD Y OTRO DELITO. Si de lo considerado en el auto de formal prisión, se desprende que al inculpado se le estimó como probable responsable del delito contra la salud, en sus modalidades de posesión, tráfico y sacar ilegalmente del país el estupefaciente conocido como marihuana y del delito de introducción clandestina al país de arma de fuego, advirtiéndose que únicamente en relación con la modalidad de posesión del citado estupefaciente se d"esprende el lugar en el cual aconteció la conducta delictiva correspondiente, resulta competente para conocer del proceso el juez de Distrito que tengajurisdicción en ese lugar, conforme a lo dispuesto por los artículos 611,10 Y 11, fracción 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación al ar-tículo 18 del Código Penal Federal, resulta innecesario dividir la continencia de la causa, pues es conveniente que un mismo juez conozca de todos los hechos relativos, o sea el que resultó ser competente para conocer del delito contra la salud en los términos anteriormente apuntados."

Competencia 75/90. Suscitada entre el juez Primero de Distrito en el Estado de Tamaulipas. 8 de abril de 1991. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Clementina Gil de Lester. Secretario: José Luis G~zmán Barrera. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo VIII-Agosto, tesis 11 XXIII/91, página 58 *(IUS: 206178).*

"CONCURSO. ACUMULACIÓN IMPRODECENTE TRATÁNDOSE DE DELITOS CULPOSOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 29 del Código Penal

para el Estado de Guanajuato establece que hay concurso ideal de delitos cuando con una sola conducta, ya sea dolosa, culposa o preterincional; se violan varias disposiciones penales; a la vez, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 42 del Código Penal citado, se previene que el delito cometido en forma culposa se castigará con prisión de tres a cinco años, esto únicamente por lo que hace a la pena privativa de libertad; por su parte, el artículo 31 de la legislación sustantiva citada establece que en caso de concurso ideal se impondrá la sanción del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración. Como puede observarse, sin desconocer lo dispuesto por el antes citado artículo 29 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales y tal conducta fue cometida en forma culposa, el juzgador ineludiblemente habrá de atender, para la aplicación de las sanciones, a las que se señalan específicamente para los delitos culposos, esto es, a las que se disponen en el artículo 42 antes citado, de tal suerte, que el juzgador está imposibilitado legalmente para definir cuál es delito que tenga prevista una sanción mayor de entre los cometidos, resultado de una sola conducta, en los términos del artículo 31 del Código Penal; esto es, si pretendiera aplicar las reglas del concurso ideal, ello sería imposible jurídicamente puesto que los delitos cometidos en forma culposa tienen señalada una sola sanción, de ahí que no puede el juzgador determinar cuál delito tiene señalada una sanción mayor que a la de los restantes que concurrieron; en tanto que, por otra parte, es totalmente indebido acudir a las sanciones previstas en las figura autónomas, ya que cuando el agente obra con culpa, las sanciones aplicables no son las que se previenen para los delitos en particular, sino que es una sola sanción aplicable cuando la conducta del agente es imprudencial, entonces, el juzgador está impedido para atender la aplicación de sanciones en el caso de delitos culposos, a las penas que no sean las previstas específicamente para tales casos y por ende, si se establece una sola sanción de conformidad con el artículo 42 de Código Penal del Estado, no puede decirse que alguno de los resultados de la conducta merezca una pena mayor y por ello no es posible jurídicamente la aplicación de las reglas que para la imposición de sanciones se previenen en el artículo 31 del Código Penal en lo relativo al concurso ideal de delitos."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO. Amparo directo 216/94. Fallado el 24 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Hernández Torres. Secretario: José Guillermo Zárate Granados. Tribuna!es Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo XIV-Agosto, tesis XVI. 1 g 27 P, página 597 *(lUS:* 210824).

"CONCURSO DE DELITOS POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO. Cuando en la secuela procesal se estima demostrada la existencia de un concurso real de delitos, cualquiera que sea el carácter de éste, para que el juzgador de instancia se encuentre en la aptitud de imponer las que correspondan, sólo por el de mayor entidad o bien acumularlas por cada ilícito demostrado

hasta por el monto que queda a su criterio, es evidente que conforme una correcta técnica procesal, dicha actuación judicial debe sustentarse a los lineamientos del pliego de conclusiones del Ministerio Público, quien es el titular indiscutible de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al Juez subsanar sus deficiencias u omisiones, de manera que si en la acusación omite esgrimir impedimento alguno para sancionar al procesado como responsable de un concurso real de delitos, a pesar de la prueba de éste, es obvio que dicho funcionario judicial se encuentra legalmente. impedido para sancionar por ese concepto, por no existir acusación de parte de quien correspondía ha. cerla. En efecto, conforme al artículo 21 constitucional, el juzgador tiene una amplia potestad sancionadora, la cual constituye una de sus funciones inmanentes, sin embargo, la misma no puede ser absolu.ta, oficiosa: ni arbitraria, pues atentos los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna, esa actuación punitiva judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; de modo que, cuando éste omita efectuar consideración a ese respecto, no cabe justificar la imposición de las penas, subsanando la deficiencia ministerial, en detrimento a las garantías del acusado pues el argumento de que solamente corresponde a la autoridad judicial la imposición de las penas, deviene ineficaz en razón de que ésta, como se ha dicho, no es arbitraria, sino acorde y consecuente a una normatividad y a un estado de derecho en vigor, pues admitir lo contrario equivaldría a trastocar el sistema penal vigente hacia una postura eminentemente inquisitiva."

Contradicción de tesis 12/91. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Primer Tribunal colegiado del Vigésimo Primer Circuito. 31 de mayo de 1993. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Samuel Alba Leyva. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretario: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Engrose: Victoria Adato Green. Tesis de Jurisprudencia 5/93. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión el nueve de agosto de mil novecientos noventa y tres, por unanimidad de votos de los señores Ministros presidente Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Samuel Alba Leyva, Victoria Adato Green, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado. Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Octava Época, número 75, marzo de 1994, tesis P/]. 5/93, página 11 *(IUS: 206118).* Nota: La tesis 5/93, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* número 71 (noviembre de 1993), página 14, por disposición de la Sala queda sin efectos y se sustituye por la que aquí se publica.

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA

BETIlOL, Giuseppe: *Diritto Penale, Parte Generale,* Palernio, 1945; CAMARGO HERNÁNDEZ, César: *El delito continuado,* Barcelona, 1951; CUELLO CALÓN, Eugenio~ *Derecho Penal,* 1,141 edición, Barcelona, 1964; ESTRADA 0JEDA, Eduardo: *Delito Continua*

do, Rev. Jurídica Veracruzana, IX, núm. 2, pp. 163-164, año 1958; MADARIAGA, Francisco: *Delito Continuado,* EnciclopediaJurídica Omeba, VI, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957; MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal,* 111, Buenos Aires, 1949. Trad. Ricardo C. NÜÑEZ y Ernesto GAVIER; MAuRAcH, Re~nhart: *Tratado de Derecho Penal,.* 11, Editorial Ariel, Barcelona, 1962. Trad. Juan CÓRDOBA' RODA; MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho Penal,* 11, Madrid, 1957. Trad. José Arturo RODIÚGUEZ MUÑoz; NOVOA, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno,* 11, Ed. Jurídica de Chile, 1966; NÚÑEZ, Ricardo C.: *Concurso de delitos,* EnciclopediaJurídica Omeba, 111, Buenos Aires, 1955; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto: *Código Penal de Michoacán Comentado,* Ed. Flama, 1965; PORTE PETIT, Celestino: *Programa de la Parte General del Derecho Penal,* México, 1958; ROSAL, Juan del: *Derecho Penal (Lecciones),* 11, Madrid, 1960; SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino,* 11, Buenos Aires, 1951.

CAPÍTULO XXVII

CONSUMACIÓN Y AGOTAMIENTO DEL DELITO

SUMARIO

1. ¿Qué es la consumación?-2. Consumación en el delito continuado.3. Consumación en el delito permanente.-4. El agotamiento del delito.

1. ¿QUÉ ES LA CONSUMACIÓN?

Afirma un sector de la doctrina penal que el delito se ha *consumado* al producirse la *lesión jurídica,* originada en la producción del *resultado,* cuando el tipo así lo precisa, o cuando a virtud de la conducta humana se genera *peligro* contra un determinado bien jurídico. Sin acudir al criterio de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, puede igualmente considerarse consumado el delito al realizarse *todos los elementos constitutivos del tiPo penal.* Así, habrá homicidio consumado cuando se produce la muerte, acontecimiento causal de la acción violenta ejercida por el agente en el cuerpo de la víctima y que satisface los elementos descriptivos del artículo 302 del Código penal Federal.[1]

CARRARA, al referirse al grado de la *fuerza física* del delito, afirmaba que desde un punto de vista subjetivo, dicha fuerza tiene su elemento "en el movimiento del cuerpo del agente", pero objetivamente tiene su resultado en la *violación* material de la ley, o sea en el *dañG inmediato.* Por su parte, BETTIOL se refiere a los elementos esenciales y accidentales del delito, que en la doctrina se suelen contraponer cuando se trata del *delito perfecto* y del *delito imperfecto,* siguiendo en este punto la terminología del ilustre CARRARA. El autor citado en primer término considera que la *consumación* del delito supone que en el hecho concreto realizado se reúnen *todos los elementos* señalados en la *tiPicidad abstracta,* por lo que el delito queda consumado "cuan-

---

1 Otro criterio pretende que el delito se consuma cuando se *destruye* el bien jurídico (vida en el homicidio) o cuando simplemente se *lesiona* (disminución patrimonial en el robo), distinguiendo estas formas de consumación de aquella en que simplemente se pone en *peligro* el bien tutelado por la norma violada.

do tipicidad concreta y tipicidad abstracta coinciden entre sí perfectamente", entrando en este concepto el requisito de la *lesión a un biejurídico,* de manera que "se puede llamar consumado el delito cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión efectiva o potencial, del interés protegido", sin que sean necesarios aquellos elementos que sólo *condicionan* la punibilidad.[2]

En cuanto a nosotros toca, en otro sitio expresamos que el delito se ha *consumado* cuando produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión jurídica; hay consumación, expresamos entonc~s, "en tanto el hecho ilícito querido se produce mediante la integración de sus elementos esenciales".[3] Lo anterior implica, como lo ha expresado RODRÍGUEZ DEVESA, que son determinantes las *características legales* del hecho, como son el resultado si se trata de un delito material, el incumplimiento del deber de actuar, si el delito es de omisión propia, etc.[4]

Por lo tanto, resulta importante destacar, como lo ha hecho la doctrina de la materia, que el momento consumativo varía según el delito de que se trate o de su categoría, de manera que ello dependerá fundamentalmente de la estructura que el mismo tenga en la ley. De lo anterior se advierte que distinto será el momento consumativo si se trata de un delito de mera *conducta* que de un delito *material,* e igualmente si se está en presencia de un delito *instantáneo* o de un delito *permanente,* etc.

2. CONSUMACIÓN EN EL DELITO CONTINUADO

Variados criterios se han sustentado en relación al momento consumativo del *delito continuado.* Un primer criterio sobre la cuestión se orienta hacia la *negación de un momento consumativo* en el delito continuado, al sostener que si se atiende a su estructura y naturaleza, a cuyo efecto debemos recordar que el mismo se integra con una *pluralidad de conductas,* tanto activas como omisivas, las cuales estimadas en sí mismas constituyen delitos perfectos aunque separados en el tiempo unas de otras 5 (lo que lleva a algunos autores a establecer el carácter

---

2 BETIlOL, *Derecho Penal, Parte General,* p. 468. Ed. Témis, Bogotá, 1965. Trad. José LEÓN PAGANO.

3 Francisco PAVÓN VASCONCELOS, *Diccionario de Derecho Penal,* pp. 241-242, Editorial Porrua, México, 1997. En idéntico sentido Sergio GARCIA RAMIREZ, al afirmar que existe *consumación,* con todas sus consecuencias penales, "cuando la conducta del agente realiza completamente la previsión del tipo: priva de la vida, altera la salud, despoja del bien. A la consumación se refiere el artículo 13 con diversas expresiones: realización, ejecución, comisión". *Derecho Penal,* p. 79. McGraw Hill Interamericana editores, 1998.

4 Derecho Penal Español. Parte General, p. 727. Séptima edición, Madrid. 1979.

5 No es posible establecer de antemano, dice SOLER, el lapso que debe existir entre una y otra acción, resultando evidente que cuando tales acciones se encuentran ampliamente *separa*

discontinuo entre ellas), *no es posible concebir en el una consumación,* ya que como bien expresa LEONE, en la continuación habrá tantos momentos consumativos como tantos sean los delitos que estén en continuación, lo que lo lleva a considerar que *no existe un momento consumativo en el delito continuado (Del reato abituale, continuato e permanente,* pág. 335, Napoli, 1933).

Este criterio de la carencia de consumación propia, en síntesis, se apoya en la circunstancia de que el delito continuado consta de una *pluralidad* de conductas y por ello de una *pluralidad de resultados,* y si se pretende la unidad del delito, ello destruye la entidad de cada uno de los delitos cometidos, lo cual lleva a considerar que el delito continuado carece por ello de un particular resultado, por lo que no puede hablarse de una consumación propia.

Un segundo criterio pretende que la consumación del delito continuado se verifica al realizarse la *última de las acciones* que lo integran, siendo hasta entonces cuando se comete el delito. La idea que priva en este criterio es que si el delito se forma de varias conductas o acciones que producen un *idéntico resultado,* la consumación del delito como una unidad, que comprende la suma de todos los resultados, sólo tiene lugar cuando se comete el último de ellos.

Un tercer criterio sostiene que como el delito continuado se integra con una *pluralidad* de conductas unidas con un *mismo propósito* (unidad de propósito) y con *identidad de lesión jurídica,* lo que establece que existiendo varios delitos, para los efectos penales deben ser considerados como un solo delito, *existirá consumación* no cuando se consuman cada uno de los diversos delitos que lo conforman, ni tampoco cuando se comete el último delito sino durante *todo el período* en que se dé la consumación di~continua de los delitos particulares que lo constituyan. Explicando la idea, PORTE PETIT CANDAUDAP expresa que un delito se consuma cuando se integran los elementos del mismo y por ello, existiendo unidad de propósito e identidad de lesión jurídica, respecto de una pluralidad de conductas, *"comenzará el período consumativo del delito continuado desde el momento que exista pluralidad de conductas.* En otros términos -aclara el maestro mexicano-, dada la especial estructura del delito continuado, *el período consumativo será más o menos largo, pero discontinuo,* a diferencia del delito permanente en el que existe un período consumativo continuo" *(Programa de*

---

das en el tiempo, ello parece negar la existencia de continuación entre ellas e incluso es índice para negar la presencia de un delito continuado. Es erróneo, dice, que para que exista continuación deba existir unidad en el tiempo, pues la continuidad, como dice C.URARA, se deduce precisamente de la discontinuidad de las acciones, pues cada una de ellas es perfecta; la acción se concluye para empezar después de un intervalo de tiempo, agregando el autor argentino que "cuando las acciones se desarrollan en tiempos lejanos o en lugares distintos, negaremos la existencia de la continuación, porque ello puede indicar la necesidad de una resolución nueva". *Derecho Penal Argentino,* 11, p. 350. T.E.A. Buenos Aires, ~951. Primera reimpresi6n.

Derecho Penal. Parte General. p. 807. Tercera edición, Editorial Trillas, México, 1990).

3. LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO PERMANENTE

Frente a los delitos *instantáneos* en que la consumación es completa y perfecta en el momento mismo en que "se realizan todos sus elementos constitutivo", el delito *permanente* se caracteriza por no tener un preciso momento de consumación, pues al iniciarse ésta se crea un estado antijurídico de violación a la ley, surgido por la conducta voluntaria del agente, lo que origina que dicha consumación *se prolongue en el tiempo* y sólo se agote cuando dicha violación cesa.

Como con toda claridad lo explica RANIERI, en los delitos permanentes el hecho lo caracteriza el *estado antijurídico duradero* que lo prolonga en el tiempo la conducta del sujeto, quien por ello lo puede hacer cesar, siendo por tanto sus elementos: *a)* la *prolongación* en el tiempo del *estado antijurídico* que sigue al comienzo de la consumación, y *b)* la circunstancia de que dicha prolongación *depende* de la conducta voluntaria del autor, quien por ello puede hacerla cesar,6 cuestiones éstas y otras relacionadas que quedaron ampliamente explicadas en el capitulo VII de la Sección correspondiente a la Teoría del Delito, a la cual nos remitimos.

4. EL AGOTAMIENTO DEL DELITO

Si la *consumación,* como lo hemos visto, es la realización de todos los elementos constitutivos del tipo penal, el *agotamiento* debe consistir en la obtención por al autor del delito de los objetivos perseguidos con su conducta, y de ello precisamente surge la idea de que la consumación debe *preceder* al agotamiento. Aunque ordinariamente asíocurre, lo que ha llevado a ZAFFARONI a considerar *frecuente que la consumación formal y el agotamiento material se distancien,* dando lugar a un período en que el delito está consumado, pero no agotado",7 existen situaciones que "pudieran" hacer pensar en que aquel fenómeno no siempre ocurre de esa manera, esto es, que la consumación sea anterior al agotamiento, como los casos de ciertos delitos a los que, invocando a]ESCHECK, alude el propio ZAFFARONI, entre los que destacan, para no señalar más, los delitos de *intención* en que el tipo

---

6 *Manual de Derecho Penal, Parte General,* 1, pp. 325 a 329, Editorial Térnis, Bogotá, 1975. Trad. deJorge GUERRERO, a la Cuarta edición italiana.

7 *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* IV, p. 418, Ediar editores, Buenos Aires, 1982.

adelanta la consumación, así como los delitos *continuados.*[8] En efecto, volvemos aquí a la idea expuesta al principio de que la consumación depende de los propios elementos del tipo y no precisamente de que el agente haya obtenido la meta perseguida, y si para las diversas figuras legales existe un determinado momento de consumación a él debe atenerse el intérprete o aplicador de la ley.

El caso del *hecho posterior* a la consumación puede ser contemplado como *impune,* si guarda relación de *consumación* con el hecho consumado, pero si ello no es así no puede ser considerado como situación excluyente de punibilidad, por cuanto su *tipicidad* resulta del todo independiente del hecho anterior.

---

8 0b. cit., 1, p. 419.

CAPÍTULO XXVIII

CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

SUMARIO

1. Concepto.-2. Elementos del delito y las circunstancias del delito.3. Clasificación de las circunstancias.-4. Comunicabilidad de las circunstancias.-5. ¿Concurso de circunstancias en el delito?

1. CONCEPTO

Desde un punto de vista gramatical, el término "circunstancia" es de manifiesta utilidad para encontrar su connotación jurídico-penal. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua, *circunstancia* es todo aquello que se encuentra unido, como accesorio, a alguna cosa, de manera que con referencia al delito "circunstancia" es todo aquello que lo rodea e implica lo accesorio de él, por lo que su ausencia en nada m~difica su ser y no influye en su entidad jurídica.[1] Lo anterior pone de relieve, como lo ha señalado ANTOLISEI, que con la citada expresión se designa a *todo lo que rodea al delito (circum stat),* lo cual supone lo principal, constitúldo por un delito perfecto en su estructura; la circunstancia puede o no existir "sin que el delito desaparezca en su forma normal, razón por la cual tiene carácter eventual *(accidentalia delicti) ".*[2']

No obstante lo dicho, algo más debe dar su verdadero sentido a toda *circunstancia del delito,* adicionado por la norma penal, y por ello es que la misma determina una *mayor o menor gravedad en el delito* y consiguientemente una *mayor o menor punibilidad en él.* Por ello, la mayoría de los estudiosos de nuestra disciplina vinculan al concepto de la circunstancia del delito, su influencia decisiva sobre su *punibilidad.* Así, BUSTOS RAMÍREz al referirse a las *circunstancias* como *elementos accidentales* (nominados o innominado s) dentro de la estructura

---

I F. PAVÓN V ASCONCELOS, *Diccionario de Derecho Penal,* p. 166, Editorial Porrúa, México, 1997.

2 Manual de Derecho Penal. Parte General, p. 308, Editorial Témis, Bogotá, 1988. Trad. Jorge GUERRERO y Mariano AVERRA REDIN.

del delito, las estima como factor influyente en la *determinación de la pena,* teniendo por objeto una mayor precisión del injusto" al estar dirigidas "a una mayor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e igualmente, en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales".[3]

2. LOS ELEMENTOS DEL DELITO Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

En múltiples ocasiones determinadas *circunstancias* se adicionan a un tipo particular para crear un delito agravado o atenuado en su penalidad, transformando sus elementos constitutivos, dando nacimiento a aquella clasifkación en orden al tipo, que distingue entre los *tiPos especiales, cualificados* o *privilegiados,* según agraven o atenúen la punibilidad del hecho descrito en ellos, y los *tiPos complementados y subordinados* en que la circunstancia adicionada al tipo básico hace agravar o atenuar la pena *(cualificados o privilegiados).* La fundamental diferencia entre tales tipos radica en que el *tiPo especial* (cualificado o privilegiado) es un *tiPo autónomo e independiente,* en tanto el *tiPo comPlementado,* formado con los elementos del tipo básico, al que se adiciona alguna *circunstancia,* se convierte en esa virtud en un *tiPo subordinado* a aquél, agravando o atenuando la pena según el caso. Antes de la reforma penal de 1993, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994, el hecho de *privar de la vida a la madre, al padre o a cualquier ascendiente consanguíneo en línea recta,* constituía el *delito de*

---

3 *Manual de Derecho Penal. Parte General,* p. 361, Tercera edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.]IMt.NEZ DE MÚA, con certero juicio, después de definir a la circunstancia como "todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia", agregando que circunstancias atenuantes y agravante s *son modificativas de la responsabilidad, sin suprimir ésta,* ya que el quid del problema es la "medida de la sanción", estima que la valoración mayor o menor de lo objetivo o subjetivo del delito dependerá "del prevalecimiento, en las funciones de la pena, de la prevención general o de la especial", interesando a la primera el *bien jurídico* vulnerado, cuya salvaguarda se intenta en lo futuro, y a la segunda (prevención especial) la *peligrosidad del delincuente,* la personalidad del delincuente, que la léy no puede hacer entrar en sus previsiones, sólo podrá ser apreciada por los jueces en el juicio de culpabilidad. En estas condiciones, dice eljurista español, sería innecesaria una teoría de las circunstancias, pues los códigos "tendrían amplias definiciones y fuarían las penas con la mayor amplitud según el derecho violado" y correspondería a los Tribunales concretar la pena dentro de un gran margen de arbitrio legal, pero la teoría de las circunstancias nace por la desconfianza en el arbitrio judicial, pues éste sólo en forma imperfecta puede realizar ra ley. Más adelante, califica de eminentemente *subjetivas* a todas las circunstancias que modifican la aplicación de la pena, pues las *atenuantes* se refieren a la imputabilidad y a la culpabilidad, en tanto las *agravantes* al móvil del dolo y al peligro del agente. "Este criterio -expresa-, que para nosotros es el único cierto, hace que deban interpretarse con Sllmo cuidado. Mí, por ejemplo, aunque la alevosía parezca de un modo objetivo, si no ha sido buscada de propósito o aprovechada por el agente, no podrá gravar la pena *La ley y el Delito,* pp. 479 a 483, Editorial Hermes, Segunda edición, 1954.

parricidio, previsto en el artículo 323 y sancionado en el 324 del'Código Penal, tipo *autónomo* e *independiente del de homicidio,* tipificado a su vez en el artículo 302 del propio ordenamiento punitivo, mereciendo aquél una sanción diversa y agravada, por lo que se le clasificaba como un *tiPo especial cualificado.* A virtud de la mencionada reforma, el parricidio recibe ahora el tratamiento de *homicidio en razón del parentesco o relación,* constituyendo un tipo *comPlementado y subordinado* al tipo básico de homicidio (es una *especie* de los homicidios), aunque de *penalidad agravada* en relación al homicidio simple pero se constituye en un *tiPo circunstanciado.*

Lo anterior ha llevado a tratar de distinguir entre *circunstancias genérales* y *circunstancias específicas* del delito. Circunstancia general, afirma PORTE PETIT CANDAUDAP, es lá que "pertenece a la Parte General del Código Penal y funciona con respecto a todos los delitos que la admitan, ya sea para agravar o atenuar la pena, y la circunstancia específica es aquella que contiene el tipo, o bien se agrega al mismo, aumentando o disminuyendo lá sanción".4El hecho de incluirse en el tipo penal ciertas características propias del autor o de las víctimas, a diferencia de otras que se refieren a accidentes relativos al tiempo, lugar y modo de ejecución del delito, ha llevado a FERRElRA DELGADO a distinguir entre *cualidades y circunstancias:* "Según el diccionario académico -dice el autor citado-, *circunstancia es un sustantivo* que señala accidentes en el tiempo, lugar y modo de ejecución de un hecho, y que están tan unidos substancialmente al desarrollo del mismo, que lo influyen, ya sea para modificarlo o bien para desdibujarlo como hecho punible", agregando que en la gramática española tales circunstancias "complementan circunstancialmente la acción verbal", considerando que en cambio las *"cualidades* son atributos, características o componentes que distinguen a las personas o a las cosas, de las demás de su especie" y que tales cualidades determinan al autor y hacen punible su hecho, o lo hacen en ocasiones más gravoso y merecedor de una pena, más grave o menos, procediendo a continuación a distinguir entre *cualidades personales* del autor, *descritas en la tipicidad del hecho,* de las cualidades personales del autor "que no modifican ni desvirtúan su tipicidad, pero agravan o atenúan la pena aplicable", debiéndose igualmente distinguir las circunstancias insertas en la tipicidad del hecho y aquellas circunstancias que sin modificar la estructura del tipo, agravan o atenúan la pena correspondiente.[5]

La polémica respecto a si *circunstancia* y *elemento* del delito pueden darse al mismo tiempo sigue en pie. MANZINI en forma decidida

---

4 Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 1, p. 275, Octava edición, Editorial Porrúa, México, 1983.

5 Francisco FERREIRA DELGADO, *Teoría General del Delito,* pp. 202-203, Editorial Témis, Bo
gotá, 1988.

aclara que no deben identificarse los *elementos* de un delito con las *circunstancias* del mismo, porque los primeros son esenciales y las segundas meramente *eventuales* y de carácter *secundario,* de donde concluye afirmando que un elemento del delito no puede al mismo tiempo ser una circunstancia del mismo.6 En opinión contraria se ubica el pensamiento de ANTOLISEI, quien sobre la cuestión razona que un mismo hecho puede ser considerado por la ley como un *elemento constitutivo* o bien como una *circunstancia* de un determinado delito. "Para establecer, por tanto -expresa-, si se trata del uno o de la otra, no hay que mirar a la naturaleza intrínseca, sino a la función que le está atribuida. Cuando el hecho sirve para distinguir un delito de un hecho lícito o de otro delito, es elemento constitutivo; en cambio, cuando agrava o atenúa el delito, e implica una variación en la pena señalada en la ley, entonces es circunstancia La presencia de una circunstancia transforma el *delito simple* en delito *circunstanciado,* y la relación que media ~ntre uno y el otro es una relación de *genus* a *species.* En el delito circunstanciado, por consiguiente, tienen que existir todos los elementos del delito simple: La circunstancia es siempre un *plus".* [7] Por su parte RANIERI reconoce que las *circunstancias* no son indispensables para la *existencia del delito* en tanto los *elementos* sí lo son, y aquéllas, cuando existen, tienen su influencia sólo sobre la *gravedad* del delito y por ello sobre la *gravedad* de la pena, aclarando en consecuencia que no son propiamente circunstancias aquellos elementos en cuya intervención implica el paso de uno a otro tipo de delito, ya que se trata de elementos constitutivos que concurren a in tegrar la estructura de determinada figura criminosa; por ejemplo, la violencia a la persona o la amenaza, en el delito de rapiña o hurto con violencia personal (art. 628), no es circunstancia sino elemento constitutivo, puesto que su existencia implica el paso del delito de hurto (art. 624) al de rapiña".[8]

Lo expuesto n,os llevaa considerar que la *circunstancia,* siendo de naturaleza accidental y accesoria o secundaria, sólo influye ordinariamente en la *agravación* de la pena, aunque por excepción puede igualmente influir en su *atenuación.* Una determinada circunstancia, vinculada al hecho y referida a la forma, tiempo o lugar de ejecución, o a las personas que intervienen en él, se transforma en *elemento* cuando da nacimiento a un particular tipo delictivo,diferenciándolo de otro en el que está ausente ese nuevo elemento, aún cuando los demás sean los mismos, momento en que no puede ya ser considerada como circunstancia del nuevo delito. Es por ello que PORTE PETIT CAN

---

6 *Tratado de Derecho Penal,* Vol. 11, p. 49. Buenos Aires, 1948.

7 *Ob. cit.,* pp. 308-309.

8 *Manual de Derecho Penal, Parte General,* 11, pp. 1 a 3, Editorial Témis, Bogotá, 1975. Versión castellana de Jorge GUERRERO.

DAUDAP aduce que la circunstancia funciona como *elemento* "cuando origina un delito o tipo especial, y es 'circunstancia' cuando da nacimiento a un tipo complementado o circunstanciado",[9] planteamiento que, por otra parte, no deja de suscitar algunas dudas.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

La más genérica y genuina clasificación de las circunstancias distingue entre *circunstancias ag;ravantes* y *circunstancias atenuantes.* La regla más común ha sido, en los códigos penales, insertar en la parte general o libro primero preceptos que enumeran o describen cuáles son las circunstancias del delito que agravan o atenúan la responsabilidad penal, señalándose como simple ejemplo el artículo 10 del Código Penal español de 1850, que recoge veinticuatro circunstancias *ag;ravantes,* en tanto en su artículo 9 consigna nueve circunstancias *atenuantes.* Igual sistema consagra el vigente Código Penal Español de 1995, que en su artículo 21 recoge seis circunstancias que *atenúan* la responsabilidad (circunstancias atenuantes) y en el 22, ocho circunstancias *ag;ravantes* de responsabilidad. La anterior clasificación, de circunstancias que *ag;ravan* o *atenúan* la responsabilidad penal son referentes a *calidades* relativas al *sujeto,* a las *formas* de comisión del delito, a los *medios* que aumentan el sufrimiento de la víctima, el *abuso de la confianza* de ésta, al.hecho de ser el *autor reincidente,* a el *obrar* en los casos en que la ley exenta de responsabilidad penal pero *no concurren todos los requisitos* para eximir de responsabilidad, etc.10 La anterior clasificación, que atiende a los efectos que en cuanto a las penas producen las circunstancias ya reconocidas expresamente en la ley, es seguida por otros muchos códigos penales, como el italiano de 1930, que en su artículo 61 contiene once *ag;ravantes comunes* y el 62 que recoge las *atenuantes comunes;* el Código penal colombiano de 1980, que regula las circunstancias *atenuantes* y *agravantes* en los artículos 60 y 61, estableciendo los criterios a seguirse para determinar las penas; así como el Código Penal panameño de 1982, cuyos artículos 66 a 70 se ocupan de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, refiriéndose a las *atenuantes comunes* y a las *ag;ravantes ordinarias.*

Entre nosotros, el Código Penal de MARTÍNEZ DE CASTRO de 1871 reguló las mencionadas circunstancias tanto en su parte general como en el libro correspondiente a los delitos en particular, pero anunció la

---

9 *Ob. cit.,* 1, pp. 277-278. Coincide en la idea ESTRADA VELEZ, quien considera que en sentido técnico, las circunstancias son *elementos accidentales,* que pueden o no presentarse, *referidos a un tiPo básico para agravar o atenuar* su punibilidad, sin que afecten al hecho punible ya perfeccionado. *Derecho Penal. Parte General,* p. 369, Segunda edición. Editorial Témis, Bogotá 1986.

10 Ver al detalle esas circunstancias en F. PAVÓN VASCONCELOS. *Diccionario de Derecho Penal,* p. 167, Editorial Porrúa, México, 1997.

operancia de ellas en su libro primero, señalando que las *agravantes* eran de *primera a cuarta clases,* según la mayor o menor influencia en la responsabilidad del delincuente, haciendo la salvedad de que no se tomarían en cuanta para aumentar la pena cuando fueran de tal modo inherentes al delito que sin ellas no podría cometerse éste. En relación a las *atenuantes,* de igual manera se consideraron de *primera a cuarta clases,* pero además el código, al ocuparse de los delitos, reguló otras circunstancias relativas a la persona, a la ejecución, al lugar de comisión del delito, etc., que debían *agravar* o *atenuar* la responsabilidad del culpable y por ello las penas a aplicarse.

El Código Penal de 1931 rompió con el anterior sistema y no consignó en su libro primero, correspondiente a las disposiciones generales, ni agravantes ni atenuantes, lo cual hizo en el libro segundo relativo a los delitos en particular con relación a ciertas figuras delictivas, según puede constatarse de la lectura de los artículos 131, párrafo segundo; 149 *bis,* párrafo cuarto; 150, párrafo segundo; 152; 164, párrafo segundo; 164 *bis;* 248, primlera parte; 260, último párrafo; 266 *bis;* 279; 298; 300; 308; 310; 311; 313; 315 *bis;* 320; 328; 331; 339; 343; 372; 381; 381 *bis* Y 395, fracción III, párrafo segundo.

BUSTOS RAMÍREZ estudia como *circunstancias agravantes* las siguientes: *nominadas* e *innominadas; generales* y *específicas; personales y materiales;* y aunque les niega carácter de circunstancias, estima como *atenuantes* (con referencia a la legislación penal española) a las siguientes: la *eximente incomPleta;* la *embriaguez no habitual;* la *menor edad,* que comprende a los mayores de 16 y menores de 19 años; *el no haber tenido intención* de causar mal de tanta gravedad, la atenuante *pasional,* el *arrepentimiento espontáneo* y la atenuante *analógicall* ANTOLISEI expresa que las *circunstancias* se dividen en *agravantes* y *atenuantes,* según impliquen un aumento o una disminución de la penalidad; *objetivas y subjetivas,* considerando dentro de las primeras a las que atañen a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción; a la gravedad del daño y del peligro, y a las condiciones o cualidades del ofendido. En cambio, son circunstancias *subjetivas,* la intensidad del dolo o grado de la culpa; las condiciones o cualidades del culpable, y las relaciones entre el activo del delito y el ofendido. Las circunstancias pueden también clasificarse, según dicho autor, en *reales* y *personales,* siendo las primeras "las que determinan una mayor o menor gravedad de los delitos", en tanto las circunstancias personales "las que importan una agravación o una atenuación en relación con determinado reo"; igualmente pueden ser *definidas* e *indefinidas* (también típicas o genéricas); *obligatorias* y *discrecionales* y *comunes* y *especiales.*[12]

---

11 *Ob. cit.,* pp. 361 a 365.

20b. cit., pp. 310-311.

En fin, MAGGIORE las clasifica, en relación con los *elementos del delito,* en *objetivas* y *subjetivas,* subdividiendo las circunstancias *objetivas* en: *cualitativas* (concernientes a la naturaleza y especie del delito), *instrumentales* (referente a los medips), *materiales* (concernientes al objeto), *temporales* (relativos al tiempo), *espaciales* (inherentes allugar), *consecuentales* (referidas al daño o peligro consiguientes al delito) y *personales* (relativas a las cualidades del agraviado o del sujeto pasivo secundario), y por cuanto a las circunstancias *subjetivas* las subdivide en *intencionales* (relacionadas con la intensidad del dolo o de la culpa), *personales* (incidencia, imputabilidad, tendencia a delinquir, condiciones y cualidades personales) e *interpersonales* (relativas a las relaciones entre el culpable y el agraviado, como el parentesco, domésticas, cohabitación, etc.). En cuanto al *efecto que. producen,* las clasifica en circunstancias *atenuantes* y circunstancias *agravantes* en 10 que a responsabilidad y pena correspond~. En la *relación cronológica* del delito, las circunstancias pueden ser: *antecedentes* (antes de la ejecución d.el delito y vinculadas con la misma, como la premeditación y la previsión del evento en los delitos culposos), y *concomitantes* (como el uso de servicio y consiguientes, señalando la separación de}. daño antes del juicio). En relación *a su extensión,* las circunstancias las clasifica en *comunes* (valen en relación a todos los delitos) y *especiales* (se consignan en cada delito y no en la parte general del Código). *En razón del conocimiento* del agente, las circunstancias pueden ser: *conocidas, desconocidas* y *errÓneamente supuestas* o *putativas,* y, por último, *en cuanto al número* en que se presentan, las circunstancias son *simPles* (cuando en el delito concurre una sola circunstancia), *concurrentes* (en el delito concurren varias circunstancias) y *comPlejas* o *compuestas* (cuando una circunstancia genérica en relación a otra, comprende en todo o en parte los elementos de esta última) .[13]

Sin pretender una clasificación de las circunstancias recogidas en nuestro derecho positivo penal, nos permitimos destacar las siguientes, en relación a nuestra legislación federal:

ATENUANTES:

a) *Imputabilidad disminuida,* a la que se refiere el artículo 15, fracción VII, en relación con el artículo 69 bis, cuyo contenido es el siguiente: "Art. 15. *El delito se excluye cuando:* VII (oo.) *la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida se estar a lo dispueslo en el artículo* 69 *bis de este Código".* "Art. *69 Bis. Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo* 15 *de*

---

13 Derecho Penal, 11, pp. 10 a 12, Editorial Témis, Bogotá 1989. Trad. JoséJ. ORTEGA TORRp;.

este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medi- . da de seguridad a que se refiere el artículo 67 *o bien ambas, en caso de ser se excluye:* (oo.) IV. *Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho en protección de bienes jurídicos proPios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende* (...) V. *Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico proPio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salva guardado, siempre, que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviese el deber jurídico de afrontarlo;* VI. *La acción o la omisión se realicen 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 solo propósito de perjudicar a otro",* "Art. 16. *Al que se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones Iv, V Y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo",*

c) *Actuar en estado de emoción violenta,* como lo precisa el artículo 310 del Código Penal, que respecto al homicidio y las lesiones dice lo siguiente: "Art. 310. *Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad.* Si *lo causado fuesen lesiones, la pena será de hasta una tercera parte de la q'l,te correspondería por su comisión. "*

. d) *La riña y el duelo* respecto de los delitos de lesiones u homicidio, conforme lo disponen los artículo 297 y 308 del Código Penal.

e) *El hecho de ser provocado .en la riña o el duelo,* cuando se trate de los delito de lesiones y de homicidio, conforme a los artículos 297 y 308 respectivamente del Código Penal;

f) *El móvil de honor en el delito de aborto,* sea provocado o consentido, si el agente lo es la mujer encinta, según lo dispone el artículo 332 del Código Penal;

AGRAVANTES:

a) *Actuar con premeditación, alevosía, ventaja y traición* al cometer los delitos de lesiones y homicidio, los cuales adqui~ren el carácter de

calificados y de penalidad .agravada conforme a 10 dispuesto en los ar.tículos 298 y 320 del Código Penal;

b) *Actuar en pandilla en la comisión de un delito,* según 10 precisa el artículo 164 bis, cuyo contenido es el siguiente: "Art. 164 bis, *Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aPlicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos. Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas confines delictuosos, comenten en común algún delito".* .

c) *La intervención de dos o más per~onas en la comisión de los delitos de abuso sexual y violación:* "Art. 266 bis. *Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:* 1. *El'delito fuese cometido con intervención directa e inmediata de dos o más personas* (oo.)" Art. 371, párrafo tercero, etc.

d) *La relación de parentesco por consanguinidad o afinidad: Cuando el ascendiente cometiera, abuso sexual o violación en la persona de su descendiente, p éste contra aquél, el hermano contra su colateral,; el tutor contra su puPilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofen!lido en contra del hijastro.* Además de las penas correspondientes a dichos delitos, las mismas se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, perdiendo el culpable la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, según 10 determina el artículo 266 bis, en su fracción 11, ~gravándose la pena en los mismos términos cuando los mencionados delitos los cometiere *quien desempeñe un cargo o emPleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen,* .debiendo el condenado ser *destituido* del cargo o empleo o *suspendido* por cinco añ~s en el ejercicio de su profesión (Art. 266 bis, fracción III), o bien el delito en cuestión (abuso sexual o violación) *fuese cometido en la persona que tiene al ofendido bajo su custodia~ guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada* (Art. 266, fracción IV); "Art. 203. *Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente sea asce'ftdiente, padrastro o madrastra del menor, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendiente"* (corrupción de menores e.incapaces).

e) *Ostentar el activo un cargo o emPleo público, esto es, ser un ervidor público, agente de la autoridad o miembro de las fuerzas armadas, etc:* (Arts. 198,266 bis, 390, párrafo segundo).

f) *La menor edad del pasivo,* como el caso previsto en el artículo 208, en el que se sanciona con pena *agravada* al que *encubra, concierte o permita la explotación del cuerpo de un menor de edad* por medio del comercio carnal, respecto al delito de lenocinio, previsto en el artículo 207 y sancionad.o en el 206;

g) *En razón de los medios emPleados,* como el robo con *violencia* sobre la víctima o de un tercero para obtener la entrega de la cosa (artículo 372 y 374); el *uso de identificaciones* falsas en el robo o de *supuestas ordenes de alguna autoridad* (Art. 381, fracción XV) ;

h) *A virtud de las relaciones existentes entre el agente y su víctima,* como ocurre en el robo cometido por un *dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de su familia, o por un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados* que lo acompañan, *en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo;* cuando lo cometa *el dueño o alguno de su familia* en la casa del primero, *contra sus dependientes o domésticos o cualquiera otra persona;* cuando lo cometan *los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales,* en los lugares en que prestan *sus servicios al público, y en los bienes dé los huéspedes o clientes;* cuando se cometa por los *obreros, artesano, aprendices o discípulos en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan o en la habitación, oficina, bodega u otro lugar al que tengan libre entrada* por el carácter indicado (Art. 381, fracciones 11, 111, IV, V, Y VI) ;

j) *En razón del lugar en que el delito se cometa:* ro.bo en *lugar cerrado* (Art. 381, fracción 1); robo en *edificios, viviendas, aposento o cuarto habitados o destinados para habitación;* robo de *vehículo estacionado* en la vía pública o en *lugar destinado a su guarda o reparación;* robo en *campo abierto o paraje solitario* de una o más *cabezas de ganado o de sus crías* (Art. 381 bis); estando la víctima *en un vehículo particular o de transporte público* (Art. 381, fracción VII);

i) *En razón de la confusión producida por catástrofe o desorden público* (Art. 381, fracción VIII);

k) *En virtud de la portación de armas* (robo cometido por una o varias personas armadas o que utilicen o porten otros objetos peligro sos: Art. 381, fracción IX);

1) *En consideración a los objetos del delito;* robo de parte de *vehículos estacionados en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación;* robo sobre *cosas que se encuentren en embarcaciones o sobre éstas;* robo de *equiPajes o valores de viajeros* o cualquier lugar *durante el viaje;* robo de *expedientes o documentos de protocolo, oficina o archivos públicos,* etc. (Art. 381, fracciones XI, XII, XIII Y XIV) ;

m) *En"consideración al sujeto pasivo:* robo contra una oficina *bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven causales, contra personas que las custodien o transporten* aquéllos (Art. 381, fracción X).

4. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Esta cuestión ha sido ampiamente explorada por la doctrina, pero en el derecho positivo las soluciones no han sido uniformes. Tratándose

de circunstancias relativas a *calidades* o *relaciones personales* se ha considerado, como regla genérica, la *incomunicabilidad* de las mismas a los partícipes del delito en quienes no concurran, en tanto las relacionadas con la ejecución material del hecho y de los medios empleados, agravarán o atenuarán la responsabilidad y la pena sólo respecto de quienes tuvieren *conocimiento* de ellos, o como expresa RODRÍGUEZ DEVEsA, las circunstancias modificativas de carácter personal no se comunican a los partícipes en el delito; las que son de carácter objetivo se comunican a quienes tuvieren conocimiento de ellas".[14]

El Código Penal Federal, se ocupa de la comunicabilidad de las circunstancias en su artículo 54, el cual determina lo siguiente: *"El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tiene conocimiento de ellas.* El Código del Distrito Federal se *ocu*pa de esta cuestión en su artículo 74, el cual señala que *"El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas* ".15 El tema en cuestión, en el derecho positivo, ha sido tratado anteriormente en el capítulo correspondiente a la participación delictuosa, al cual nos remitimos para no incurrir en inútiles repeticiones.

Para concluir, no está por demás recordar que ~l *proyecto* del Código Penal tipo para Latinoamérica, en su artículo 38, ha recogido una fórmula que pretendió conciliar los aspectos planteados tanto en la doctrina como en el derecho positivo, según la redacción siguiente: *"Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal del hecho que concurrieren en alguno de quienes lo han realizado, se comunicarán a los demás autores y partíciPes que hubieren tenido conocimiento de ellos. Si no los hubieren conocido, sufrirán la pena del delito sin esos requisitos.*

---

14 Derecho Penal Español. Parte General, p. 656, Madrid 1979.

15 Por considerarlo de interés, hemos de referirnos aquí a las consideraciones hechas por PORTE PETIT CANDAUDAP al comentar el texto del mencionado articulo 54 del Código Penal, al considerar que del mismo se desprenden las siguientes hipótesis: *a)* cuando existen *calidades personales; b)* Cuando hay *relaciones personales; e)* Cuando concurren *circunstancias subjetivas;* y *d)* Cuando existen *circunstancias objetivas y se tiene conocimiento de ellas.* En la primera hipótesis, dice el jurista mexicano, hay acierto en la postura aceptada por la ley porque tratándose de *ciréunstancias personales* no deben ser comunicables a los partícipes del delito, precisamente por su esencia, de ser personales; en la segunda hip~tesis; de igual manera acierta la ley, porque las *relaciones personales* no son comunicables a ldii.partícipes y no se transmiten precisamente en función de la accesoriedad limitada (ZAFFARONI); en cuanto a las circunstancias subjetivas es claro que no ~on comunicables, precisamente por su carácter subjetivo, y por último, las circunstancias objetivas se comunican "siempre y cuando las mismas sean conocidas". *Programa de Derecho Penal. Parte General,* pp. 933-934. Tercera edición, Ed. Trillas, México, 1990.

Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo nó integrantes de la descripción legal, sólo influirán en la responsabilidad de 'aquellos en quienes concurran". .

5. ¿CONCURSO DE CIRCUNSTANCIAS EN EL DELITO?

En la doctrina extranjera se ha planteado la posibilidad de la concurrencia de más de una circunstancia en el delito y la solución ha sido afirmativa. ANTOLISEI afirma que en un solo delito pueden concurrir varias circunstancias, debiendo distinguirse las hipótesis de circunstancias *homogéneas,* en que todas. ellas son agravantes o todas atenuantes, de la concurrenCia de circunstancias *heterogéneas,* es decir, unas agravantes y otras atenuantes.l.6 El problema inherente es establecer si procede imponer tantas penas agravantes o tantas disminuciones como circunstancias de una u otra especie concurran. En teoría es aceptable la múltiple acumulación de penas agravadas o de atenuación que se originan en un concurso de circunstancias de una u otra naturaleza.

En nuestro derecho positivo penal no hemos encontrado casos de concurrencia simultánea, en un delito, de circunstancias *atenuantes* (no podemos rechazar tal posibilidad), aunque consideramos real la concurrencia de varias circunstancias agravantes. En un delito de robo, por ejemplo, se pueden presentar varias circunstancias *agravantes:* el agente puede ser un *doméstico* y cometer el robo en bienes de su patrón, al mismo tiempo que ejercita *violencia* sobre él para vencer toda oposición a la consumación del delito, caso en que resultarían, *a prima facie,* aplicable los artículos 367, 370, 381, fracción II y 373 del Código Penal: el primero que *define* o tipifica el hecho; el segundo que lo sanciona en función de lo robado; el tercero que *agrava la pena anterior* por virtud de la relación entre doméstico y patrón y, el último, que *agrava* la penalidad por la *violencia* ejercitada para consumar el delito. Los ejemplos pueden multiplicarse, pero lo importante es saber si en todo caso de concurrencia de circunstancias agravantes deben acumularse las distintas penas señaladas a ellas, en cuyo caso' el juzgador debe proceder con sumo cuidado para constatar si dichas circunstancias son compatibles, o no lo resultan, para sancionadas acumulativamente, atendiendo para esto a su naturaleza, a la vinculación que pudieran tener entre sí e hicieran incompatible dicha acumulación, o bien a la prevalencia de una de ellas respecto a las en concurso, situaciones que corresponde analizar y resolver al órgano jurisdiccional respectivo.

---

16 Ob. cit., p. 331.

CAPÍTULO XXIX

LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SU EXTINCIÓN

SUMARIO

1. Culpabilidad y Responsabilidad penal.-2. Las diversas formas de la extinción de la responsabilidad penal.-3. Muerte del delincuente.4. Amnistía.-5. El perdón del ofendido.-6. Indulto.-7. Reconocimiento de inocencia.-8. Rehabilitación.-9. Prescripción.-lO. Cumplimiento de la pena o medida de seguridad.-ll. Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.-12. Existencia de una sentencia anterior dictadas en proceso seguido por los mismos hechos.-13. Extinción de las medidas de tratamiento de inimputables.

l. CULPABIUDAD y RESPONSABIUDAD PENAL

Importante nos parece distinguir la *culPabilidad* penal de la *responsabilidad* de la misma índole, ya que de ordinario, por'confusión, se pretenden equiparar dichos términos en su significación jurídica.

La *culpabilidad* en su sentido lato, según 10 señalamos oportunamente al aceptar la definición de jlMÉNEZ DE AsÚA, es el *conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica,* estimándosela como un juicio cuyo *objeto* es el *hecho ilícito* (típico) relacionado con la actitud subjetiva jurídicamente *desapro-bada* del autor. En sentido estricto, como lo afirma MEZGER, la *culpabilidad* equivale a *reprochabilidad.*[1]

La *responsabilidad* es referida, en la doctrina, a cuestiones vinculadas con la *imputación objetiva* o con ciertas *exculPantes,* precisamente cuando se la refiere a la *responsabilidad penal* y a la *responsabilidad por el hechó.*[2] En otro sentido~ *responsabilidad penal* equivale a poner a cargo de alguien, por su culpabilidad, una consecuencia penal a virtud de un hecho ilícito (típico) cometido, o como bien expresa BUNSTER es el *deber jurídico de sufrir una pena, que recae sobre quien ha*

1 *Tratado de Derecho Penal,* 11, p. 12. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

2.En tal sentido, H. H.jESCHECK en su *Tratado de Derecho Penal,* Vol. 1, pp. 386 Y ss. Y 591 Y SS. Bosch editorial, Barcelona, 1981. Trad. S. MIR PUle y F. MuÑoz CONDE.

cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica., antijurídica y culpable. [3]

En realidad y'como ya lo había hecho notar QUlNTANO RIpOLLEs, el alcance técnico y jurídico del término *responsabilidad* es hartamep.te equívoco, y aunque si bien sirve para señalar la *última* consecuencia de la *culpabilidad,* dado que ordinariamente, se le identifica con un *deber abstracto* de sufrir las consecuencias jurídicas del delito, existen ciertas figuras típicas configuradas *objetivamente* que, aunque recusables, subsisten en múltiples legislaciones, en las que mal parado queda el dogma de la culpabilidad.4 Esta idea que denuncia la confusión entre el que pudiéramos considerar correcto sentido jurídico de la responsabilidad penal, entronizado por MANZINI y seguido por múltiples juristas y aquella significación impropia dada al término con relación a cierta clase de responsabilidad, como la llamada responsabilidad o imputación objetiva (responsabilidad sin culpa), recepcionada aún en múltiples legislaciones penales, ha llevado a cierto sector de la doctrina a considerar como adecuado el excluir la responsabilidad del campo del Derecho Penal.

Ahora bien, la *responsabilidad* presupone a la *culPabilidad*5 siendo competencia de los órganos jurisdiccionales de la materia declararla cuando se ha cometido un hecho delictuoso, previo el proceso respectivo en que se cumplan las formalidades del procedimiento. Al efecto, el artículo 14 constitucional consagra como garantías individuales los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* así como el del *debido proceso legal,* ya que sus párrafos segundo y tercero expresan literalmente: *"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad* o *de*

---

8 *Diccionario jurídico Mexicano,* VIII, p. 60, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1984.

4 A. QUINTANO RIPoLLES, *Compendio de Derecho Penal,* 1, pp. 192 Y *ss.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Sobre el punto jlMÉNEZ DE AsÚA estima necesario, para encontrar el concepto de responsabilidad. separar su idea *sociológica* y hacer la distinción entre *responsabilidad asegurativo social, responsabilidad penal y responsabilidad civil,* en la inteligencia de que lo común a todas esas acepciones de *responsabilidad* es su carácter de *consecuencia,* pues responder viene de *respondere* que significa *estar obligado.* En síntesis, para el jurista español la *responsabilidad penal* .supone que alguien debe recibir una pena como retribución por un hecho punible culpablemente perpetrado (...)" *Tratado de Derecho Penal,* V, p. 87, Tercera edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1976. Para dejar aclarada la distinción apuntada, entre responsabilidad asegurativo-social, así denominada por jlMÉNEZ DE AsÚA Y la responsabilidad penal, hemos de señalar que la primera no es sino la *atribución sin culPabilidad* de una conducta dañosa, que cumple las exigencias de la tipicidad y la antijuricidad, y que resulta base suficiente para imponer una *medida de seguridad,* según lo expresamos en otro lugar de esta obra, concepto ajeno a la culpabilidad que, como sabem9s, requiere en el sujeto plena capacidad de reproche. Sólo en este último caso puede darse la responsabilidad penal que acarrea al autor sanciones penales.

5 El tema de la responsabilidad puede ser colocado desde distinta manera en el punto de vista de la criminología, dice Luis Carlos PÉREZ, pero desde el ángulo jurídico no tiene otro valor que el de ser una *consecuencia del delito (Tratado de Derecho Penal,* 11, p. 253, Segunda edición. Ed. Témis, Bogotá, 1977). Confirmando así, el autor. colombiano, el *criterio general* que priva en la doctrina.

sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". "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".

La aplicación de la pena hace necesario el proceso penal, o sea el nacimiento y desarrollo de aquella relación jurídica material, de orden público, en la que interviene el Estado a través de sus órganos y el particular o particulares involucrados en el hecho delictivo, cuyos *fines,* discutidos por cierto, son el *conocimiento del hecho imputado,* sus *causas y consecuencias,* y la *personalidad del delincuente,* la cual culmina con la sentencia que resuelve el conflicto planteado.[6]

2. LAS DIVERSAS FORMAS DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La ley mexicana refiérese, en el Título Quinto del Libro Primero del Código Penal Federal a la *"Extinción de la Responsabilidad Penal",* en el cual se incluyen las causas que originan tanto la *extinción de la acción penal* como la extinción de las penas y no con toda propiedad la "responsabilidad penal". Otros códigos, más acertados en este aspecto, emplean la denominación que tal vez resulte ser la más adecuada por referirse a las materias de la extinción: así el vigente Código Penal Colombiano, en el Capítulo Quinto de su Título IV, del Libro Primero, se ocupa *de la extinción de la acción y de la pena,* en tanto el Código Penal Panameño, para no citar más, en el Título IV de su Libro Primero hace referencia a la *extinción de las acciones penales y de las penas.* Ambos códigos encontraron inspiración en el Título Quinto del Código Penal Tipo para Latinoamérica, al que se ha denominado *"Extinción de la acción penal y de la Pena".* Ahora bien, si se hace una minuciosa revisión de los diversos artículos comprendidos en los diversos capítulo que informan el Título Quinto del Libro Primero del Código nuestro, se constatará que todos ellos se refieren concretamente a la *extinción de la acción penal y de las penas o medidas de seguridad,* impuestos en sentencia definitiva, salvo al específico caso de la *rehabilitación* del procesado. En efecto, el articulo 91 declara que la *muerte* extingue la acción penal, así como las sanciones impuestas, a excepción de la reparación del daño, del decomiso de los instrumentos del delito o de

6 Sobre las cuestiones referentes al proceso penal, su objeto, fines, etc., consultar entre otras obras el *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales,* Guillermo COLIN SANCHEZ, Decimaséptima edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

las cosas objeto y efecto de él; el artículo '9.2, referente a la *amnistía* establece que ésta extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño; el artículo 93, de igual manera precisa que. el *perdón del ofendido* o *del legitimado* extingue la acción penal con relación a los delitos que se persiguen por *querella;* el artículo 94 prescribe que el *indulto* sólo puede concederse sobre sanción impueS:-ta en sentencia irrevocable y el *reconocimiento de la inocencia* produce el efecto de extinguir los efectos de la sentencia condenatoria impuesta ap.teriormente (art. 96); la *prescripción,* regulada en los artículos 100 a 115 *extingue tanto la acción penal como las sanciones,* como ocurre igualmente con las.declaraciones "formales" de extinción a que se refieren los capítulos VII, VIII, IX Y X del mencionado Título Quinto.

En su orden, los capítulos del I al X se ocupan de las sigl,lientes causas extintivas de la acción penal o de las sanciones impuestas: Capítulo 1: *Muerte del delincuente;* Capítulo 11: *Amnistía;* Capítulo 111: *Perdón delofenqido* o *legitimado para otorgarlo;* Capítulo IV: *Reconocimiento de inocencia 'e indulto;* Capítulo V: *Rehabilitación;* Capítulo VI: *Prescripción;* Capítulo VII: *Cumplimiento de la pena* o *medida de seguridad;* Capítulo VIII: *Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable;* Capitulo IX: *Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos;* y Capítulo X: *Extinción de las medidas de tratamiento de inimputables.* Los anteriores medios o formas de extinción de la acción penal y de las penas y medidas de seguridad pueden preseiltarse desde el momento mismo en que el delito se comete, durante la averiguaciórfrespectiva, durante la causa penal que instruya la autoridad judicial a virtud del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público e incluso después de pronunciada sentencia e impuesta la condena respectiva. A las causas mencionadas habremos de referirnos a continuación.

3. MUERTE DEL DELINCUENTE

El artículo 91 "del Código Penal declara: *"La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él".* Esta primera causa extintiva de la acción penal y de las sanciones impuestas se apoya en el principio de que las penas y demás consecuencias del delito no pasan de la *persona del delincuente,* principio que ha sido aceptado en el derecho moderno aunque no fue así en el pasado, en que se dio extensión indebida a la culpabilidad personal tratándose de delitos graves, pues la punición de ellos afectó a la familia del sentenciado, en su integridad personal e incluso tratándose de sus bienes

patrimoniales sin que la muerte fuera un obstáculo para hacer efectivas las penas, llegándose al caso del desentierro del cadáver del acusado para procesarlo e imponerle las penas correspondientes.

Si bien la regla general es que la muerte del delincuente extingue la acción penal y las sanciones que en el caso se hubieran impuesto, la propia ley hace la excepción respecto a la *reparación del daño* y la de *decomiso* de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efectos de él.

En realidad no es preciso ahondar en el fundamento de la extinción de la acción penal y de las penas y medidas de seguridad aplicables al delincuente cuando éste ha fallecido, pues la muerte es un acontecimiento que fatalmente se produce en todos los seres vivientes y que tratándose del hombre origina determinados efectos jurídicos. Si el delito cometido no ha motivado aún el ejercicio de la acción penal, ésta se extingue y corresponde al Ministerio Público hacer la declaratoria respectiva y decretar el archivo de la averiguación previa correspondiente, pero si dicha acción se ejercitó contra el inculpado, deberá s~r el juez que conozca de la consignación quien la declare extinguida y sobresea la causa respectiva. Pero aún más, si ha sido dictada sentencia firme, corresponderá al órgano legalmente encargado de la ejecución de sentencias hacer la declaratoria respecto de la extinción de las penas y medidas de seguridad impuestas en ella a virtud de la muerte del sentenciado. De 10 expuesto se advierte la razón que asiste a CARRANCÁ y TRUJILLO cuando distingue entre *"a)* la extinción del derecho de la acción penal de cuyo titular es el Ministerio Público (art. 21 const.); y *b)* la extinción del derecho de ejecución penal, que corresponde al Ejecutivo (arts. 529 c.f.p. y 575 c.c.p.) ".[7]

Las excepciones consignadas en el artículo 91 no son desusadas, al afectar exclusivamente al patrimonio del delincuente. La *reparación del daño* es una pena de carácter *pecuniario* y afecta por ello al patrimonio del responsable, al igual que la multa no considerada expresamente dentro de la excepción de referencia y que por ello consideramos se extingue con la muerte del delincuente. En cuanto a los *instrumentos* con que se cometió el delito y las *cosas* que sean efecto u objeto de él, ninguna objeción cabe hacer al respecto si se decomisaron en aplicación de las normas relativas consignadas en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Son ilustrativos los comentarios hechos por A. ETCHEBERRY, sobre este particular y con relación al Código penal de su país, cuando distingue dos situaciones distintas: si no se ha dictado sentencia ejecutoria al momento de la muerte del acusado, se extingue la responsabilidad penal respecto a las penas de *multa* y *comiso,* pero si al fallecer el

---

7 *Código Penal Anotado,* p. 299. Vigésima Primera edición. Editorial Porrúa, México, 1998.

delincuente existía ya sentencia ejecutoriada que imponía las penas de referencia, las mismas se harán efectivas sobre los bienes del reo si se tratara de la multa o, sobre los instrumentos o efectos del delit08 si fuera el comiso.

4. AMNISTÍA

Forma de *extinción* de la acción penal y de las sanciones impuestas, *excepto la reparación del daño,* en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos y con relación a todos los responsables del delito, según reza el artículo 92 del Código Penal Federal.

Como el texto lo revela, la *amnistía* se decreta en una ley especial dictada por el Estado y se trata por ello de "un acto potestativo" mediante el cual se deja sin efecto legal alguno al delito y al delincuente. La facultad de expedir leyes de amnistía lo otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al Congreso de la Unión, según lo dispuesto en el artículo 73, fracción XXII, con relación a delitos cuyo conocimiento competa a los tribunales de la Federación.

En otro sitio escribimos y aquí lo reiteramos que la amnistía constituye un instrumento de naturaleza esencialmente político "cuya finalidad es la solución de situaciones conflictivas de orden social, a través de la extinción de la pretensión punitiva del Estado o de las penas impuestas, tratándose de delitos estrictamente políticos, como lo son la rebelión y la sedición entre otros" y aunque nuestra legislación nada dice sobre dicha cuestión, lo que generalmente viene en otras legislaciones, es precisamente la ley especial que al efecto se dicte la que habrá de precisar sus alcances y determinará los delitos por los cuales se concede, así como el tiempo de su duración y bajo cuáles condiciones la amnistía funcionará.9 Afirma VILLALOBOS que la amnistía es algo más que una simple gracia, porque entraña el olvido total de los delitos cometidos en un orden político, las acciones, las penas y cuanto traiga su origen en los actos amparados" por ella, al declararse extinguida por la ley que al efecto se expida.

Maria M. MALO estima que la amnistía tiene, como caracteres los siguientes: a) *Debe ser declarada en una ley especial;* b) *Debe ser de índole general,* lo que significa que en sus beneficios deben quedar comprendidos todos los que hayan podido incurrir en los delitos señalados en

---

8 *Derecho penal. Parte General,* 11, p. 273. Carlos E. Gibbs editor. Santiago de Chile, Segunda edición, 1965.

9 F. PAVÓN VASCONCELOS. *Diccionario Analítico Sistemático de Derecho Penal,* p. 77. Editorial Porrúa, México, 1997.

la ley de amnistía; c) *Debe extinguir la acción penal y las penas,* de haberse éstas impuesto; d) *Debe ser impersonal,* por cuanto no es necesario que los autores de los delitos estén o no determinados, sean o no procesados o condenados, estén presos o en libertad; agregando que si bien en general la amnistía se refiere a delitos políticos, no existe impedimento legal alguno para que la misma se dicte con relación a delitos comunes.[10]

5. EL PERDÓN DEL OFENDIDO

El artículo 93 del Código punitivo federal recoge al *perdón* del ofendido como *causa extintiva* de la responsabilidad penal en los siguientes términos: *"El perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo extingue la acción penal de los delitos que se persiguen por querella, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse. Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por cualquier otro acto equivalente a la querella, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho".*

Como es lógico advertir, según el texto de los dos párrafos trascritos, el perdón del ofendido extinguen la *acción penal,* se haya ejercitado o no por el Ministerio Público, pero en el primer caso debe otorgarse por el ofendido o por el legitimado *antes de dictarse sentencia de segunda instancia* y una vez otorgado *no puede ser revocado.* Esta causa

---

10 *Código Penal Argentino Comentado y sus Leyes Complementarias,* 1, pp. 399-400, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. En la legislación chilena la amnistía es una de las formas de la *extinción de la responsabilidad penal* y constituye una forma de perdón otorgado a través de una ley, según lo precisa -el arto 44, No. 14 de la Constitución Política de Chile, concedida comúnmente respecto a delitos políticos, lo cual no impide que lo sea con relación a otros delitos por no existir restricción constitucional al respecto. "La amnistía -ha escrito Alfredo ETCHEBERRY- es el perdón más amplio que reconoce nuestro derecho con respecto a la responsabilidad penal. Borra, según el artículo 93 'la pena y todos sus efectos', esto es, no sóro pone término a la obligación de cumplir materialmente la pena, sino que elimina la calidad del condenado, v.gr., para los efectos de la reincidencia, de los derechos de que haya sido privado por penas accesorias, e incluso pone término a la posibilidad de pronunciar una sentencia condenatoria con respecto a los hechos sobre los cuales haya recaído una amnistía. Esta última referencia nos pone de manifiesto que la amnistía no es personal, sino objetiva, esto es, que no se concede para beneficiar a determinadas *personas,* sino que afecta a las consecuencias penales de determinados *hechos,* las que hace desaparecer. Como consecuencia, hasta que se hayan realizado determinados hechos para que pueda dictarse una ley de amnistía a su respecto, aunque no se haya pronunciado sentencia o ni siquiera se haya iniciado procedimiento judicial. Corolario de esta misma característica es la circunstancia de que una amnistía, contenida en una ley, no pueda ser rechazada por los eventuales beneficiarios que no deseen ser alcanzados por ella". *Ob. cit.,* 11, pp. 274-275.

extintiva del derecho de ejercitar la acción penaJ sólo opera en aquellos delitos perseguibles por *querella* o *a instancia de parte ofendida,* como ocurre, entre otros, en los de *hostigamiento sexual* (art. 259 bis), en el de *adulterio* (art. 274), en el de *amenazas* (art. 282), en las *lesiones leves,* salvo tratándose de las inferidas por quienes ejercen la patria potestad o la tutela en las personas de los menores o pupilos bajo su guarda (art. 289, segundo párrafo), en los de *calumnia* y *difamación,* con las excepciones que la propia ley señala (art. 360), en los de *fraude,* con excepciones (art. 399 bis, en relación con los tipos relativos), el de *despojo de bienes inmuebles o de aguas,* salvo cuando la ejecute un grupo de más de cinco personas, agravándose la pena respecto a los autores intelectuales y a quienes dirijan la invasión; excepcionándose la regla de la querella igualmente a quienes se dediquen en forma reiterada a *promover despojo de inmuebles urbanos* en el Distrito Federal (art: 399 bis en re.1ación con el 395, párrafos penúltimo y último), etc.

El *perdón del ofendido* no debe ser confundido con el *consentimiento del interesado,* por tratarse de instituciones jurídicas distintas. En efecto, el *consentimiento* excluye la *ilicitud* del hecho o por ello impide la integración del delito al funcionar como causa de *justificación* o de *atipicidad,* en virtud de la especial estructura típica del delito. Lo anterior significa que dicho consentimiento al otorgarse con anterioridad o concomitantemente a la conducta típica, afectando exclusivamente bienes disponibles del interesado, impide la comisión del delito, en tanto el perdón del ofendido estima consumado el delito y extingue solamente la acción para perseguirlo cuando se trata de infracciones penales que se sancionan a instancia de parte o mediante querella del ofendido.

La ley penal mexicana extiende la citada causa de extinción del derecho de ejercitar la acción penal *"a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaración de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querella, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho",* situación en que se encuentran algunos delitos fiscales como los previstos en los artículos 102 Y 105 Y otros del Código Fiscal de la Federación, en los cuales y para proceder penalmente se necesita que la Secretaría de Hacienda declare que el fisco federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio.

El propio artículo 93 señala que *"Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga".* El precepto prevé el caso de que como consecuencia del delito cometido sean varios los ofendidos y cada uno de ellos pueda ejercer "separadamente" la facultad de otorgar el perdón, en cuyo caso dicho perdón sólo favorecerá a quien beneficie pero no

a quienes otros ofendidos no lo hayan otorgado, consagrándose el principio de beneficio personal exclusivo nacido del otorgamiento del perdón, La norma sin embargo no se refiere exclusivamente al autor o autores del delito, o para usar el término legal *al responsable,* sino que extiende el beneficio de la causa extintiya al *encubridor,* lo que resulta del todo lógico en atención al principio de que quien puede lo más puede lo menos. Como regla complementaria a la anterior, el propio precepto determina que *"El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgario, hubiere obtenido la satisfacción de SU$ intereses .0 derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor".*

El último párrafo del artículo 93 resulta un tanto extraño e incluso en aparente contradicción con el párrafo primero del precepto que venimos comentando, pues mientras éste claramente señala que el perdón *extingue la acción penal* respecto de los delitos que se persiguen por *querella, "siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia",* el mencionado párrafo determina que *"El perdón del ofendido y del legitimado para otorgarlo e:n delitos de los mencionados en los dos párrafos anteriores, también extingue la ejecución de la pena, siempre y cuando se otorgue en forma indubitable ante la autoridad ejecutora",* Lo anterior hace extender la causa extintiva del perdón para comprender no solo a la acción penal sino también a la pena, siempre que se otorgue en forma indubitable *ante la autoridad ejecutora de sanciones.*

6. INDULTO

En la doctrina penal se considera *al indulto* como una reminiscencia del *derecho de gracia* que el soberano ejercía en favor de ciertos reos. En nuestro derecho el indulto se regula en el capítulo IV del Título Quinto del Libro Primero del Código Penal y su efecto es el de *extinguir la pena impuesta,* pues el artículo 94 expresamente señala que el mismo *"no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable",* siguiendo en este aspecto la tendencia del derecho positivo extranjero,[11] excepcionándose *"la inhabilitación para ejercer una pro-*

11 En la legislación italiana el indulto es una forma de modificar "la relación punitiva", medida política mediante la cual el presidente de la República italiana, facultado por Ley del Congreso, actúa ,en beneficio de quienes han sido sentenciados en forma irrevocable y que reúnen las condiciones previstas en el respectivo decreto (art. 79 de la Constitución). La *gracia,* dice S. RANIERJ, difiere del indulto y constituye un acto de clemencia del Presidente de la República (art. 87 de la Constitución) "dirigido hacia una o varias personas determinadas y no hacia la colectividad", pero tiene con el indulto la semejanza de que ambas instituciones jurídicas consisten en la condonación total o parcial, o en la conmutación de la pena", suponiendo

fesión O alguno de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, pues estas sanciones sólo se extinguirán por la amnistZa o la rehabilitación", según lo prescribe el artículo 95 del Código Penal Federal. Las condiciones o requisitos para obtener el beneficio del indulto se encuentran descritas en el artícul(!"?,Jiel Código Penal, el cual señala lo siguiente: *"Cuando la conducta ooservada'por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no represente un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trate de sentenciado por traición a la patria, esPionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, ni de reincidente por delito intencional, se le podrá conceder indulto por el Ejecutivo Federal, en uso de facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos en los casos siguientes:* 1. *Por delitos de carácter político a que alude el artículo* 144 *de este Código;* 11. *Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político o social;* y 111. *Por delitos del orden federal o común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado impor~antes servicios a la Nación, y previa solicitud",* haciendo la ley la salvedad de que el indulto en ningún caso extinguirá la obligación de reparar el daño causado, según reza el artículo 98 del propio Código Punitivo.

En síntesis, el indulto:

a) Sólo procede otorgado cuando exista *sanción penal impuesta en sentencia irrevocable;* .

b) Es *facultad discrecional del Ejecutivo concederla,* pero deberá expresar las razones tenidas en cuenta para ello y fundamentada;

---

ambas una *'condena irrevocable. Manual de Derecho Penal. Parte General,* n, pp. 365 Y ss. Editorial Témis, Bogotá, 1975. Versión castellana de Jorge GUERRERO a la cuarta edición italiana.

En la legislación chilena compete al presidente de la República la concesión del indulto y sus efectos son los de *remitir* o *conmutar* la pena impuesta sin suprimir al indultado su carácter de sentenciado para otros efectos penales si llegare posteriormente a delinquir (art. 93), como lo es la declaratoria de *reincidencia.* Alfredo ETCHEBERRY reconoce la clasificación de los indultos en *generales* y *particulares,* pues mientras los primeros se conceden por ley, conforme al articulo 44, No. 14 de la Constitución Política, los particulares se otorgan por decreto del Presidente de la República, alcanzando esto a uno o más individuos particularmente señalados, rigiéndose su concesión por el Reglamento sobre Indultos (D.S. 3590, de 1959), exigiéndose que el peticionario esté cumpliendo la pena o terminado una parte de ella, tramitándose este indulto ante la autoridad administrativa. *Derecho Penal. Parte General,* n, pp. 276 a 279. Gibbs editor, Santiago de Chile, 1965.

En la legislación colombiana, el artículo 119, 4Q, de la Constitución Política faculta al Presidente de la República para otorgar indultos. Luis Carlos PÉREZ señala que las diferencias sustanciales entre la *amnistía* y el *indulto* son que "la primera se concede en forma *general,* en tanto que el segundo se otorga en forma *individual,* y sobre todo, que la amnistía *desconoce el delito,* lo hace desaparecer como fuente de penalidad, mientras que el indulto *reconoce el delito cometido,* pues el indulto es perdón y el perdón supone el hecho como delictuoso y la responsabilidad del agente". *Tratado de Derecho Penal,* n, pp. 899-900, Segunda edición, Editorial Témis, Bogotá, 1977.

c) *Sólo podrá concederse por delitos de carácter político* (art. 144 del Código Penal) *u otros cuando la conducta del responsable haya sido determinada por motivaciones políticas o sociales,* o bien por delito del orden federal o común en el Distrito Federal, *cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación y previa solicitud;*

d) Como *requisitos* para concederla se requiere que el sentenciado *haya alcanzado un alto grado de readaptación social;* su liberación *no represente peligro* para la tranquilidad y seguridad pública; *no haya sido sentenciado* por delitos de traición a la patria, espionaje, tenorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, y *no sea reincidente* por delito intencional;

e) *No procede concederlo* de la *inhabilitación* para ejercer una profesión o alguno de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, sanciones que sólo se extinguen por la *amnistía* y la *rehabilitación* (art. 95).

Si bien, conforme a lo expresado anteriormente, el indulto extingue las sanciones impuestas en sentencia irrevocable, se excepciona de dicha regla la *obligación de reparar el daño.*

7. RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA

En estricto rigor, el *reconocimiento de la inocencia* del sentenciado no constituye una causa extintiva de la responsabilidad penal, pues no puede extinguirse aquello que no ha existido, aun cuando se haya formalmente declarado en sentencia irrevocable. Se trata en paridad de una excepcional forma de dejar sin efecto una sentencia condenatoria, haciendo la declaratoria de la inocencia del sentenciado.

La legislación penal en *materia federal,* declara en su artículo 96, que cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos en el Código de Procedimientos aplicables y se estará.en lo dispuesto en el artículo 49, dispositivo éste que ordena la *publicación de la sentencia* cuando el inculpado no hubiere come tipo el hecho imputado, como es el caso. El artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que *"El reconocimiento de la inocencia del sentenciado se basa en alguno de los motivos siguientes:* 1. *Cuando la sentencia se funde exclusivamente en pruebas que posteriormente se declaren falsas;* 11. *Cuando después de la sentencia aparecieren documentos públicos que invaliden la prueba en que se haya fundado aquélla o las presentadas al jurado y que sirvieron de base a la acusación y al veredicto;* III. *Cuando condenada una persona por homicidio de otra que hubiere desaparecido, se presente ésta* o *alguna prueba irrefutable de que vive;* IV. *Cuando dos reos hayan sido condenados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que los dos lo*

hubieren cometido; V. *Cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos. En este caso prevalecerá la sentencia más benigna".* En lo relativo al procedimiento para obtener la declaratoria: de inocencia de un sentenciado, deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 561 a 568 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el fuero común, el reconocimiento de la inocencia del sentenciado procede, según lo dispone el artículo 614 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en los siguientes casos: "1. *Cuando la sentencia se funde en documento o declaraciones de testigos que, después de dictada, fueren declarados falsos en juicio;* 11. *Cuando, después de la sentencia, aparuieren documentos que invaliden la prueba en que descanse aquélla o las presentadas al jurado y que sirvieron de base a la acusación o al veredicto;* 111. *Cuando condenada una persona por homicidio de otro que hubiere desaparecido, se presentare éste o alguna prueba irrefutable de que vive;* IV. *Cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos. En este caso prevalecerá la sentencia más benigna,* y V. *Cuando en juicios diferentes hayan sido condenados los sentenciados por el mismo delito y se demuestre la imposibilidad de que lo hubieren cometido".* El procedimiento respectivo para obtener sentencia de reconocimiento de inocencia de un sentenciado, se encuentra regulada en los artículos 615 a 618 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.

8. REHABILITACIÓN

En términos legales la *rehabilitación* consiste, como una *forma de extinción* tanto de la pretensión punitiva como de la potestad para ejecutar las sanciones penales, en *restituir* a la persona a su condición o estado anterior, y penalmente se encuentra prevista en los artículo 94, fracción V, y 101 del Código Penal del Distrito Federal, y 99 del Código Penal Federal, precepto el último que señala como su *objeto "reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviera suspenso o inhabilitado en virtud de sentencia firme* ".

En la doctrina se considera a la rehabilitación como una forma de *enmienda* de quien ha sido condenado, al eliminar algunas de las consecuencias de orden penal del delito cometido, particularmente de las penas accesorias, y de allí que se le califique en nuestro derecho positivo como una de las formas de extinción de la responsabilidad penal, cuya operancia requiere su previa declaración conforme a lo dispuesto en el artículo 608 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y previo el procedimiento a que se refieren los artículos 605, 606, 607 Y 609 del propio ordenamiento. La rehabilita-

ción no procederá mientras el reo se encuentre extinguiendo una sanción privativa de libertad (art. 603), pero si no se hubiere impuesto dicha pena en la sentencia o se hubiere ya extinguido, el interesado podrá ocurrir, ante el juzgado o tribunal que dictó el fallo condenatorio, solicitando su rehabilitación en sus derechos acompañando a su solicitud certificado de la autoridad correspondiente que aáedite que la pena privativa de libertad impuesta ha sido extinguida, conmutada o bien objeto de indulto concedido, así como constancia de la autoridad administrativa de su residencia que pruebe que ha observado buena conducta continua desde que comenzó a extinguir su sanción y que dio pruebas de haber contraído hábitos de orden, trabajo y moralidad (art. 605), pero si la sanción fuere de inhabilitación o suspensión por seis años o más, el reo no podrá ser rehabilitado antes de que transcurran tres años desde que hubiere principiado a extinguida, y si la suspensión fuere por menos de seis años podrá solicitar la rehabilitación después de extinguir la mitad de la sanción (art. 606). Recabados los informes citados, si 10 solicitare el Ministerio Público el Tribunal podrá recabar mayores informes para dejar aclarada la conducta del reo y posteriormente declarará si es o no fundada la solicitud, y de sedo remitirá las actuaciones al Congreso de la" Unión para que decida 10 pertinente; si la resolución fuere favorable. se publicará en el *Diario Oficial* y de 10 contrario se dejarán expeditos los derechos del reo para que pueda solicitada después de un año (art. 608). Una vez concedida la rehabilitación por el Congreso, se comunicará al juzgado o tribunal que hubiere dictado el fallo irrevocable para que haga las anotaciones respectivas en el expediente o en el toca correspondiente.

En el fuero federal el procedimiento para obtener la rehabilitación es semejante al descrito en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y se encuentra regulado en los artículos 569 al 576 del ordenamiento procesal federal, excepcionándose el órgano que la concede o la niega, pues corresponde al Ejecutivo de la Unión resolver sobre el particular una vez que reciba, por conducto de la Secretaría de Gobernación, la decisión que...haya emitido al efecto el Tribunal Judicial competente. Los requisitos para la procedencia de la rehabilitación y las condiciones legales para su operancia, son las Iñismas que ya hemos señalado para los reos comunes.

9. PRESCRIPCIÓN

Esta institución jurídica constituye una limitación que el Estado se impone, a sí mismo, para ejercitar su derecho a castigar originado en la comisión de un hecho delictivo, o bien para ejecutar las penas impuestas por los órganos jurisdiccionales, subordinándose al transcur--

so de los términos que la ley señale.I2 En efecto, el artículo 100 del Código Penal Federal declara que por *la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones,* en tanto el 101 precisa que *la prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley,* en la inteligencia de *que producirá sus efectos aunque no la alegue como excepción el acusado,* a cuyo fin los jueces la suplirán de oficio en todo caso tan luego tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso.

Sugestiva resulta la idea, expresada por PESSINA, de que en realidad la prescripción se opera no precisamente por el transcurso del tiempo sino porque el Estado a través de sus órganos competentes *no ha ejercitado su derecho* de perseguir y sancionar el delito en *un tiempo más o menos largo,13* lo que pone de manifiesto su desinterés en su represión, situación que no puede prolongarse indefinidamente en perjuicio de la sociedad y del mismo delincuente.

Muchas son las opiniones vertidas en pro y en contra de la prescripción penal, aduciéndose fundamentalmente que ella es contraria a la naturaleza del delito y de la pena, propugnando la impunidad, lo que es un motivo más para reincidir en el delito. En favor se aduce que el tiempo hace a la sociedad olvidar el delito y perder el interés en perseguido, en tanto la incertidumbre del delincuente constituye de hecho un sufrimiento semejante a la pena que deba imponerse por el delito cometido.

En otro lugar hicimos notar que los orígenes de la institución se remontan al Derecho romano, en que se señalaron términos que fluctuaron en algunos delitos de uno hasta cinco años (estupro, adulterio, lenocinio) y en otros hasta veinte años, exceptuándose los de *parricidium, suppositio, partusi* y *apostasia* en los que no se reconocía la prescripción de la acción persecutoria, términos aquéllos que se redujeron considerablemente durante la Edad Media, a pesar de la gravedad de las penas.

Posteriormente, para BECCARIA, BERTHAN, GARÓFALO Y FERRI, la prescripción constituyó una forma de protección a los delincuentes, algunos incorregibles, y por ello se declararon en contra de ella, en tanto otros pugnaron por limitada a los casos en que los responsables hayan

---

12 En el transcurso del tiempo, dice ANTOLISEl, "atenúa normalmente el interés del Estado en comprobar el delito y también ejecutar la pena que se haya infligido, interés que desaparece al perderse el recuerdo del hecho y de las consecuencias sociales de él. Por otra parte, cuando la investigación no se ha concluido o no se ha llegado a una sentencia irrevocable de condena, surgen, con el transcurso del tiempo, graves dificultades para recoger el material probatorio a causa de la desaparición de los testigos, de las huellas del delito, etc. Tales son los motivos que fundamentan el instituto tradicional de la prescripción". *Manual de Derecho Penal, Parte General,* p. 535, Octava edición al cuidado de Luigi CONTI, Editorial Témis, Bogotá, 1988. Trad. Jorge GUERRERO y Mariano AYERRA REDIN. U F. PAVÓN V ASCONCELOS, *Diccionario de Derecho Penal,* p. 805, Editorial Porrúa, México, 1997.

mostrado su corrección inclinándose algunos autores en considerar procedente en tales casos el *indulto* y la *rehabilitación,* pero no la prescripción.

SILVELA adujo que sólo cuando *el* delincuente no haya cometido un nuevo delito debe aceptarse la operancia de la prescripción, aunque para la mayoría de los autores se justifica plenamente dicha institución tanto por razones jurídicas y materiales como procesales. "El transcurso'.del tiempo -ha escrito MAURACH-, extingue la necesidad expiatoria, limitada siempre a un determinado ámbito temporal; de ahí que en estos casos deje de existir la pena retributiva en su función de 'relativa' o 'psicológica' realización del derecho. Asimismo -continúa diciendo el autor alemán-, las necesidades de prevención especial, existentes tras la reciente comisión del hecho, pueden desaparecer o perder su sentido: quien es juzgado por un acto distante y olvidado, no sentirá la aplicación del *nudum jus* como intimidación, sino con exasperación. De ahí que la limitación, temporal de la perseguibilidad estatal esté en fundamental armonía con la convicción jurídica popular. También desde el punto de vista procesal, está justificada la prescripción: con el transcurso del tiempo se dificulta la averiguación del hecho y de la culpabilidad y aumenta el riesgo de error en las sentencias".[14]

En cuanto a la naturaleza misma de la prescripción, la doctrina no se muestra uniforme: un sector de ella afirma su carácter procesal y por ello su pertenencia al derecho instrumental (tesis francesa), en tanto su carácter sustantivo penal se sustenta principalmente en Alemania, aunque un tercer sistema *mixto* parece ahora prevalecer. Desde el punto de vista del Derecho positivo resulta indudable su carácter penal, pues la mayoría de los códigos penales la regulan.

ParajEscHEcK (quien habla de "prescripción del delito") la doctrina más antigua consideraba a la prescripción como *causa de anulación de la pena,* y en cuanto a su *naturaleza jurídica* se declara partidario de una *teoría mixta* que considere la prescripción "como una institución jurídica de naturaleza procesal y material al mismo tiempo", agregando que la *necesidad* de la pena desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo, tanto desde el punto de vista retributivo como general preventivo. "Pero la prescripción del delito -señala- no sólo descansa en la ausencia de la necesidad de la pena, sino también

---

14 Tratado, 11, p. 624. Ed. Ariel, Barcelona, 1962, Trad. Juan CÓRDOBA RODA. En contra de lo propugnado por el positivismo, Luis Carl~s PÉREZ expresa que "la prescripción es un instituto que sirve los derechos de defen~mún, porque al saber que la acción no puede prolongarse más allá de cierto tiempo, elJuez se aplica a cumplir los términos y a dar esmerada satisfacción a los intereses privados y públicos. La 'defensa social' no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos; ni manteniendo escrita permanentemente una sentencia, sino ejercitándola. Si el proceso no se resuelve o la pena no se ejecuta, no siempre será por culpa de la peligrosidad del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar". *Tratado,* 11, p. 883, Editorial Témis, Bogotá, 1977.

en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser mayor el peligro de sentencias erróneas (...). Según la teoría mixta, 'la prescripción del delito es una causa personal de anulación de la pena, que, sin embargo, está configurada desde el punto de vista jurídico procesal como un obstáculo procesal (...) ".[15].

La ley penal nuestra, como ocurre ordinariamente en las legislaciones de otros países, distingue entre la *prescripción de la acción penal* (pretensión punitiva) y la *prescripción de las sanciones* (penas y medidas de seguridad). La primera de ellas puede operar *antes* del ejercicio de la acción penal, o bien *después* de ejercitada, cuando la averiguación ha sido radicada entre el órgano jurisdiccional o durante cualquier estado del enjuiciamiento, originándose por situaciones diversas. Antes del ejercicio de la acción penal pueden haber transcurrido los términos de prescripción, sin que los mismos hubiesen sido interrumpidos, caso en que compete al Ministerio Público hacer la declaratoria respectiva y decretar el archivo del expediente relativo a la averiguación previa, conforme a las disposiciones contenidas en las leyes orgánicas o reglamentarias de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ejercitada la acción penal y consignado el expediente de la averiguación ante la autoridad judicial competente, puede ocurrir que librada la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público, la misma no llegue a ser cumplimentada, y transcurrido el término de prescripción corresponderá al juez del conocimiento declarar extinguida la acción penal y sobreseer la causa respectiva. Puede igualmente ocurrir que cumplimentada la orden de aprehensión se inicie el proceso respectivo y estando abierta la causa respectiva el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; que estando suspenso el procedimiento penal por tal motivo, transcurra el término de prescripción de la acción penal, caso en que a la autoridad jurisdiccional corresponderá declarado así y sobreseer en el proceso respectivo. Otra situación más puede darse si, iniciado el procedimiento judicial, por cualquier motivo deje de actuarse en él y transcurra el término de prescripción, situación en la que igualmente corresponderá al órgano judicial hacer la declaratoria respectiva y sobreseer la causa.

Norman la *prescripción de la acción penal,* los siguientes principios: *a)* Los plazos para la prescripción *serán continuos* y en ellos se considerará *el delito con sus modalidades; b)* El cómputo de dichos plazos *se contará:* 1. *A partir de la consumación* si el delito fuese *instantáneo;* 11. A

15 *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* II, pp. 1238-1239. Bosch editorial, Barcelona, 1981, Trad. S. M1ER PUlC y F. MUÑoz CONDE.

partir del *último acto de ejecución* o de *omisión de la conducta debida,* si se trata de un delito en *grado de tentativa;* III. *Desde el día en que se realizó la última conducta,* tratándose de un *delito continuado;* y IV. *Desde la cesación de la consumación en el delito permanente* (art. 102); *c)* La *acción penal prescribe* en *un año* si el delito *mereciere multa,* pero si además mereciese *pena privativa de libertad o alternativa,* se atenderá a la *prescripción de la acción* para perseguir la *pena privativa de la libertad,* regla que se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria (arto 104); *d)* La *acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate,* pero *en ningún caso será menor de tres años* (art. 105); *e)* La *acción penal prescribirá en dos años,* si el delito sólo mereciere *destitución, suspensión, privación de derechos e inhabilitación,* salvo lo previsto en otras normas (art. *106);j)* La *acción penal prescribirá en un año* cuando nazca de. un *delito perseguible por querella del ofendido* o algún *otro equivalente,* el que se contará desde el día en que quienes puedan formular la querella o el acto equivalente, *tengan conocimiento del delito y del delincuente,* y en *tres,* fuera de esta circunstancia (arto 107); *g)* Tratándose de *concurso de delitos,* las acciones penales resultantes prescribirán cuando prescriba *la del delito que. merezca pena mayor* (arto 108).

Son reglas *complementarias* de las anteriores las siguientes: *a)* Cuando para *ejercitar* o *continuar la acción penal* sea necesaria una *resolución previa* de autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr *desde que se dicte la sentencia irrevocable; b)* Si para deducir la acción penal exigiere la ley *previa declaración o resolución de alguna autoridad,* las gestiones que con ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo 111, *interrumpirán la prescripción* (art. 112); *c)* La prescripción de las acciones *se interrumpirá* por las *actuaciones* que se practique *~n averiguación de delito y de los delincuentes,* aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada, *pero si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia* (art. 110, párni.fo primero y segundo), *d)* La prescripción de las acciones *se interrumpirá también* por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito y del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional y por el requerimiento de entrega del inculpado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra en donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito. En el primer caso también causarán la interrupción las actuaciones que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niega la entrega o en tanto desaparezca la situación legal del detenido, que dé motivo al

aplazamiento de su entrega (art. 110, tercer párrafo); *e)* La *interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos señalados* en los artículos 105, 106 Y 107 del Código Penal (art. 110, último párrafo);}) Las *interrupciones de la prescripción* de las acciones penales a que se refieren los dos primeros párrafos y en el primer caso del tercer párrafo del artículo 110, *no operarán cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción,* aunque se exceptúa de esta regla el plazo que el artículo 107 fija para que se satisfaga la querella u otro requisito equivalente (art. 111).

Norman la *prescripción de las sanciones penales,* los siguientes principios: a) *Los plazos para la prescripción de las sanciones penales serán continuos y correrán desde el día siguiente a aquél en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia,* si las sanciones son *privativas de libertad,* lo mismo se observará cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria (art. 103).; *b)* Salvo disposición en contrario, la *pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más,* pero no podrá ser inferior a tres años; *la pena de multa prescribirá en un año; las demás sanciones prescribirán en un plazo igual al que deberían durar y una cuarta parte más,* sin que pueda ser inferior a dos años; *las que no tengan temporalidad prescribirán en dos años.* Los plazos serán contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución (art. 113); *c)* Si el reo hubiere extinguido ya *una parte de su sanción,* la prescripción requerirá *tanto tiempo como el que falte de la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser menor de un año* (art.114).

Son normas complementarias a las anteriores, las siguientes: *a)* La *prescripción de la sanción privativa de libertad sólo se interrumpe aprehendiendo al reo,* aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso, o por la *formal solicitud de entrega* que el Ministerio Público de una entidad federativa haga al de otra en que aquél se encuentre detenido, en cuyo caso subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue dicha entrega o desaparezca la situación legal del detenido que motive aplazar el cumplimiento de lo solicitado (art. 115, párrafo primero), y *b)* La *prescripción de las demás sanciones se interrumpirá por cualquier acto de autoridad competente para hacerlas efectivas.* También se interrumpir~ la prescripción de la pena de reparación del daño o de otras de carácter pecuniario, por las promociones que el ofendido o personas a cuyo favor se haya decretado dicha reparación haga ante la autoridad fiscal correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutadas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente (art. 115, párrafo segundo).

Regla ampliatoria de la prescripción se consigna en el párrafo segundo del artículo 101 del Código Federal que venimos mencionando.

10. CUMPLIMIENTO DE LA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD

Esta forma de extinción de la responsabilidad penal equivale al *cumplimiento de la sentencia,* en la forma puntualizada en el fallo definitivo e irrevocable con el que concluye el proceso respectivo. Nuestro Código penal refiérese en su capítulo VII, del Título Quinto, del Libro Primero, a esta causa extintiva al expresar en el artículo 116 lo siguiente: *"La pena* o *medida de seguridad se extinguen, con todos sus efectos, por cumplimiento de aquéllas* o *de las sanciones por las que hubiesen sido sustituidas* o *conmutadas. Asimismo, la sanción que se hubiese suspendido se extinguirá por el cumplimiento de los requisitos establecidos al otorgarla, en los términos y dentro de los plazos legalmente aplicables".*

El precepto en cuestión revela que las sanciones penales, penas y medidas de seguridad, así como de las sanciones por las que hubiesen sido sustituidas o conmutadas, extinguen la responsabilidad penal cuando el sentenciado cumple materialmente con ellas en los términos de la condena, pero igualmente cuando cumple con los requisitos impuestos en la propia sentencia, conforme a la ley, al otorgarle determinado beneficio, como lo es la *condena condicional,* en otros derechos denominada *remisión condicional de la pena,* o por el órgano ejecutor de sanciones al satisfacer el sentenciado los requisitos de ley, como es el beneficio de la *libertad preparatoria.* En ambos casos, debe estimarse extinguida la responsabilidad, por el cumplimiento de las sanciones, cuando los beneficios concedidos no han sido revocados y se han cumplido previamente los requisitos exigidos para concederlos.

ll. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE UNA NUEVA LEVMÁS FAVORABLE

El artículo 117 del Código Penal declara que *"La ley que suprime el tipo penal* o *lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal* o *la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo* 56". Este último precepto refiérese al caso en que entre la *comisión* de un delito y la *extinción de la pena* o *medida de seguridad* "entrase en vigor una nueva ley" resolviendo que "se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado", debiéndose de oficio aplicar la nueva ley, siendo de toda evidencia que el artículo 117 consagra el principio de *retroactividad de la ley más benigna* extinguiendo la *acción penal* o la *sanción correspondiente,* según fuese el caso, cuando se *suprime* o se *modifica* el tipo penal, situación no contemplada en el referido artículo 56 del Código Penal.

12. EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA ANTERIOR DICTADA EN PROCESO SEGUIDO POR LOS MISMOS HECHOS

Congruente con el principio constitucional de que *"Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene",* el artículo 118 del Código penal no sólo lo reitera en su texto, sino agrega que *"Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo.* Si *existen dos sentencias sobre los mismos hechos, se extinguirán los efectos de la dictada en segundo término".*

Bien meditada la cuestión, parece innecesario que el caso se contemple en la ley sustantiva penal como una causa extintiva de la responsabilidad penal, atenta la denominación del título en que se comprende la situación de la existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos contra la misma persona que es objeto de un segundo enjuiciamiento, porque en las diversas hipótesis contempladas en el artículo 118 del Código Penal *no se extingue ninguna responsabilidad penal,* pues ésta, o bien ya ha sido declarada en la sentencia pronunciada en el primero de los enjuiciamientos, o no existe por haber sido absuelto el acusado.

13. EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES

El artículo 118 *bis* del Código Penal prevé el caso del *inimputable* que, sujeto a una medida de tratamiento, se encontrare prófugo y posteriormente fuera detenido, en cuya situación la ejecución de la medida en cuestión se considerará extinguida *"si se acredita que las condiciones del sujeto no corresponden ya a las que hubieran dado origen a su imposición".* Tampoco este precepto extingue, como lo pretende el título en que se encuentra la responsabilidad penal del inimputable que, por serio, no puede ser sujeto de una declaración de este tipo.

El precepto en realidad establece un medio de *extinción de la medida de tratamiento* impuesta al inimputable, cuando éste fuere detenido después de haber estado prófugo, y acreditare que sus condiciones personales no corresponden a las que hubieren dado origen a su imposición.

CAPÍTULO XXX

REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

SUMARIO

1. Reincidencia. Concepto.-2. Requisito de la reincidencia -3. Naturaleza de la reincidencia.-4. Clases de reincidencia.-S Reincidencia y concurso real de delitos-6. La habitualidad delincuencial.

1. REINCIDENCIA. CONCEPTO

La palabra *reincidencia,* de origen latino *(reincidere)* significa *recaer, volver a,* y da sus perfiles a la institución penal de vieja raigambre, conocida desde el derecho romano y posteriormente introducida al derecho canónico, con la que se ha pretendido singularizar el fenómeno jurídico de la *reiteración* del proceder delictivo con lo que el sujeto incidente demuestra su mayor capacidad para el delito.

Contemplada en su significación jurídica, la reincidencia fue considerada como razón justificativa para la imposición, al delincuente, de penas severas a virtud precisamente de su conducta antisocial reiterativa. Reincidencia por tanto, en el, ámbito penal no es sino *recaer en el delito, volver a délinquir.* En opinión de RANIERI, el problema de los delincuentes reincidentes comenzó a preocupar a los juristas durante la segunda mitad del siglo XIX, y prueba de ello lo son los amplios estudios realizados en los diversos congresos penitenciarios de orden internacional celebrados en diversas ciudades europeas en 1872 (Londres) 1873 (Estocolmo), 1890 (Leningrado), París (1895), Bruselas (1900), etc., señalando que la primera ley contra la reincidencia fue la francesa de 22 de mayo de 1885 que, modificada posteriormente, ordenó la imposición, a los reincidentes incorregibles de la pena de relegación o internamiento de por vida en una colonia o posesión ultramarina,[1] aunque en la actualidad la idea de sancionar severamente al reincidente ha declinado al considerarse que su proceder no

1 *Manual de Derecho penal. Parte General,* 11, pp. 182-183, Ed. Témis, Bogotá, 1975. Versión castellana de Jorge GUERRERO.

constituye en realidad un aumento a la alarma social, ni tampoco factor de mayor culpabilidad, estimándosela ahora simplemente como una *mayor capacidad delictiva* de quien recae en el delito, entregando al juzgador la facultad de apreciada para la imposición de la pena.

Es sintomático sobre el particular el hecho de que nuestro derecho positivo, *antes de la reforma* publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 13 de enero de 1996, determinaba en el artículo 65 del Código penal, *además* de la sanción que debería imponérsele por el *último delito cometido,* la aplicación al reincidente de un *aumento de un tercio hasta dos tercios de su duración* a juicio del juez, pero cuando la reincidencia lo fuera por *delitos de la misma especie,* el aumento debería ser desde *dos tercios hasta otro tanto* de la duración de la pena, y si resultare una pena mayor que la suma del primero y segundo delitos, se *aplicaría esta suma,* en tanto el nuevo texto del mencionado artículo 65, prescribe que la reincidencia *será tomada en cuenta para la individualización de la pena,* así como para el *otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutos penales* que la ley prevé, y sólo en caso de que el inculpado por algún *delito doloso calificado por la ley como grave, fuese reincidente por dos ocasiones por delitos de la misma naturaleza,* la sanción que corresponda por el nuevo delito cometido *se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste,* sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero, situación en la que el sentenciado no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutos penales que la ley prevé.

La exégesis del precepto nos hace ver que la reincidencia constituye un factor que el juzgador tomará en cuenta, tanto para individualizar la pena como para otorgar o negar los beneficios o los sustitutos penales, *sin hacer operar agravación alguna* a la pena aplicable por el nuevo delito cometido. No obstante, no ocurre lo mismo respecto al reincidente por *dos ocasiones* de delitos *dolosos graves* (así calificados por la ley), a quien se le *incrementará* la sanción que corresponda, por el último delito, en dos terceras partes y hasta un tanto más de la máxima señalada para éste. La ley, en su tratamiento punitivo es benigna para quien reincida por *primera vez,* más no lo es para el que reincida por *dos ocasiones* en la comisión de *delitos dolosos graves,* según los aumentos a la pena precisados en el artículo 65 ya señalado.

2. REQUISITOS DE LA REINCIDENCIA

Conforme al artículo 20 del Código Penal, hay reincidencia *"siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma,*

un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley".

Del texto anterior se desprenden, como requisitos de la reinciden cia los siguientes:

a) La *existencia de una sentencia ejecutoria condenatoria;*

b) Que *dicha sentencia haya sido cumplida* por el reo;

c) Que *el nuevo delito se cometa si no ha transcurrido* desde el cumplimiento de aquélla sentencia o desde el indulto de la misma, *un término igual al de la prescripción de la pena,* salvo las excepciones fijadas en la ley;

d) Que la *sentencia dictada en el extranjero provenga de un delito tipificado también en el Código Penal.*

La razón de la exigencia de una *sentencia anterior,* que el reo *hubiere cumplido,* se ha considerado requisito esencial para la reincidencia, porque tal hecho demuestra que la condena cumplida ha sido insuficiente para cumplir las finalidades últimas de la pena, conforme al criterio clásico.

De los elementos señalados, ha sido cuestionada la validez, que en los Códigos Penales se ha otorgado a la sentencia extranjera, principalmente por los juristas del siglo XIX, quienes veían en aquel principio una violación a la territorialidad de la ley. Actualmente dicha objeción ha sido superada y por excepción se admite la aplicación extraterritorial de la ley penal, a más de que los tiempos modernos hacen necesario el empleo de toda clase de instrumentos legales para lograr la realización de la justicia penal, que de otra forma quedaría frustrada en multitud de situaciones, favorecidas por la facilidad de las comunicaciones terrestres y aéreas. El Congreso penitenciario celebrado en Washington en 1910, hizo aceptar la validez de las sentencias extranjeras, en los casos de delitos reconocidos en las legislaciones en conflicto cuando de la aplicación de la agravante se trate; al desaparecer las fronteras, si el delito es tal en diversos territorios soberanos, la justicia no tiene porque respetar limitaciones territoriales, expresó GARRAUD, principio justificante para dar validez, en el caso particular, a las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros.[2]

Aunque algunos juristas y criminólogos consideraron inconsecuente la prescripción en la reincidencia, al estimar que en cualquier tiempo debe aplicarse la agravación por la reiteración en el delito, la idea ha tenido poco éxito: la mayoría de las legislaciones penales reconocen la eficacia del transcurso del tiempo para hacer desaparecer la agravación de la pena, lo cual ocurre en nuestra legislación penal, la cual y como hemos visto señala que la comisión del nuevo delito tenga

2 v. GARRAUD, *Traité theorique, et pratique du Droit pénal Franfais,* 11, p. 720, Paris, 1914.

realidad *antes de que transcurra un término igual al de la prescripción de la pena,* salvo las excepciones fijadas en la ley.

3. NATURALEZA DE LA REINCIDENCIA

En la búsqueda de la razón fundamentadora de la reincidencia, la doctrina ha vertido opiniones de distinta índole: CARRARA la consideró una *causa de modificación de la pena* a virtud del desprecio del delincuente a la pena impuesta precedentemente y como consecuencia de la alarma social provocada por la reiterada conducta delictiva del reo,[3] en tanto MANZINI, coincidiendo en la idea de identificarla como una *causa de agravación de la pena,* rechaza que la reincidencia se sancione de manera enérgica para evitar que el delincuente vaya a continuar su carrera en el delito, sino porque con su reiteración en él demuestra claramente su desprecio a la ley. ALIMENA, conforme con el criterio de agravación de la pena, ve el fundamento de ella en la *peligrosidad del delincuente* demostrada en su reiteración al delito, la cual es índice de su perversidad y capacidad de realización de conductas antisociales. Criterio diverso sustenta IMPALLOMENI, quien ve en la reincidencia una *'causa agravadora de la imputación* que da base para calificar el grado de la conducta *natural* y de la conducta *política* para la imposición de la pena, agregando que el delincuente, por su calidad para cometer conductas antisociales aumenta la alarma social y la alarma política provocadas por el hecho delictivo.

Como lo expresamos en otro sitio, de acuerdo con la doctrina mayoritaria,. la reincidencia entendida como una *reiteración* al delito, reveladora en el sujeto de una *inclinación y mayor capacidad para delinquir,* constituye desde el punto de vista del derecho positivo *una forma de agravación de la penalidad,* a virtud de la calificación del delincuente, como con claridad lo expresó CAVALLO.[4]

4. CLASES DE REINCIDENCIA

Doctrinalmente se ha distinguido entre la reincidencia *genérica* y la reincidencia *específica,* así como entre la *facultativa* y la *obligatoria.* La reincidencia se ha considerado *genérica* cuando los delitos que lo originan *son de diferente naturaleza* o, como se expresa comúnmente, cuando después de la primera sentencia se comete otro delito de dis-

---

3 *Programa,* págs. 738 y ss.

4 *Diritto Penale,* 11, p. 887, Napoli, 1955.

tinta estructura típica o de índole diversa, en tanto la reincidencia *específica* requiere la comisión de *delitos de la misma índole.*[5]

Denomínase *reincidencia facultativa* a aquélla en que el juez, por mandato legal está facultado para *dejar de imponer la agravación de la pena;* en cambio, la *reincidencia obligatoria* obliga al juez a imponerla siempre, -por carecer de facultades para obrar en contrario.6

En la doctrina se hace igualmente distinción entre la *reincidencia simple* y la *reincidencia agravada.* Sin perder de vista que la reincidencia implica de común una agravación de la pena, se ha afirmado que deben distinguirse los casos en que el *aumento* de la pena es aceptable por tender al mínimo o estar dentro del ámbito represivo del delito que la conforma, de aquél en que la ley la aumenta al máximo. Nuestro derecho sigue un sistema mixto, ya que la reincidencia, conforme a lo definido en el artículo 20 del Código penal, sólo será tomada en cuenta *"para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutos penales que la ley prevé",* en tanto ente por *dos ocasiones de delitos dolosos,* calificados como *graves* por la ley, merecerá la *sanción que corresponda por el nuevo delito, la cual se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena prevista para éste,* sin que exceda del máximo que el propio .Código señala en su título segundo del Libro primero, *negándose además al delincuente el goce de los beneficios o de los sustitutos penales que la ley prevé.*.

Desde otro punto de vista, se ha hecho referencia a la *reincidencia ficta* ya la *reincidencia verdadera.* La primera no considera elemento fundamental que la pena impuesta en sentencia firme se haya compurgado, y puede ser declarada al cometerse el nuevo delito que la configura, en tanto la *reincidencia verdadera* exige cuando menos el cumplimiento parcial de la pena impuesta en primer término.[7]

---

5 Comentando la ley italiana, Silvio RANIERI estima que se deben considerar *delitos tje la misma índole,* tanto los que ofenden una misma norma incriminadora, como los que ofenden normas incriminadoras distintas, pero que son *objetivamente homogéneas* o bien *subjetivamente homogéneas* a virtud de la naturaleza del *móvil* que impulsa al delincuente a cometerlos, pero aún más, cuando faltando dicha homogeneidad en las figuras legales, hay identidad en el *fin* perseguido por el delincuente, como lo es el de .lucro en los delitos contra las personas en su patrimonio. *Manual,* 11, p. 185. Para la debida comprensión de las afirmaciones del autor italiano, nos permitimos transcribir el texto del artículo 101 del Código Penal italiano: "Art. 101 *(Infracciones de una misma especie). Para los efectos de la ley penal, se considerarán como infracciones de una misma especie, no solamente las que violen una misma disposición legal,sino también las que, a)Ín cuando estén previstas en diversas disp9Siciones de este Código o sus leyes distintas, sin embargo, por la naturalez.a de los hechos que las constituyen o de los motivos que las determinaron, presentan, en casos concretos, caracteres fundamentales comunes".*

6 Sobre el punto, consultar a Luis Enrique ROMERO SOTO, en su *Derecho penal. Parte General,* Vol. 11, p. 407. Editorial Témis, Bogotá, 1969.

7 Ver a Luis Carlos PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal,* 11, p. 424, Segunda edición, tditorial Témis, Bogotá, 1977.

5. REINCIDENCIA Y CONCURSO REAL DE DELITOS

Con toda claridad, Sebastián SOLER ha distinguido la *reincidencia* del *concurso real de delitos,* al señalar que en aquélla *se requieren dos o más condenas* y en el concurso, si bien se han cometido *varios delitos,* lo 'Cual ocurre igualmente en la reincidencia, *no media en ellos una sentencia condenatoria firme.* [8]

Con referencia al problema, Francisco GONZÁLEZ DE LA VEGA señala que la única diferencia entre tales institutos penales radica en que en la *reincidencia* el delincuente *ha sido sentenciado* por algunos de los delitos cometidos, en tanto en el *concurso,* al que denomina *acumulación real de delito,* no ha ocurrido lo anterior. Por otra parte, observa que por cuanto al sistema de penalidad, en la *acumulación* de delitos puede darse el fenómeno de la *disminución* de pena en algunos delitos (art. 64); en cambio, en la reincidencia origina un aumento de la penalidad en el último delito cometido.[9]

6. LA HABITUALIDAD DELINCUENCIAL

Característica' esencial del *delito habitual* es su contenido *subjetivo,* por cuanto ve a la *intención trascendente* del autor, razón por la que se le incluye entre los llamados *delitos de tendencia,* caracterizados porque el actuar del agente se encuentra subordinado a cierta dirección de la voluntad, tendencia peligrosa para ciertos bienes jurídicos. H. H.]ESCHECK señala, entre los delitos de tendencia, a los que prevén elementos constitucionales de profesionalidad o habitualidad. "La relación con el contenido del injusto del tipo radica aquí -dice el autor alemán- en la especial intensidad de una voluntad cuyo titular pretende procurarse una fuente de ingresos por la repetida comisión del hecho, o se ve movido por una tendencia al delito correspondiente, o tiene intensión de hacer del hecho punible una parte de su ocupación profesional." 10 Ejemplo en nuestro derecho positivo es el delito

---

8 *Derecho Penal Argentino,* 11, p. 483, T.E.A. Buenos Aires, 1951, primera reimpresión.

9 Código Penal Comentado, p. 100, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1978. Por su parte, Ignacio VILLALOBOS concreta la razón de ser de la distinción entre la reincidencia y el concurso de delitos en que .si la sola comisión de varios delitos es ya un signo de mayor propensión y peligrosidad del reo, la circunstancia de incurrir en el nuevo delito después de que una sentencia hizo saber al reo, de manera concreta y enfática, la gravedad antisocial de su conducta y sus consecuencias penales, demuestra todavía mayor contumasia, mayor desprecio por el interés social, por la ley, por el orden y por todo cuanto trata de preservar y mantener el Derecho Penal, entonces, si la sanción que ya se impuso no fue suficiente para reprimir los deslices de este sujeto, será necesario imponer *mayor sanción* u *otra clase* de medidas, y de allí el cambio o agravación de la pena": *Derecho Penal Mexicano. Parte General,* p. 494, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1960.

10 *Tratado de Derecho Penal, Parte General,* Vol. 1, p. 437, Bosch editorial, Barcelona, 1981. Trad. S. MIR PUlG Y F. MuÑoz CONDE.

de *lenocinio,* el cual se caracteriza por la *explotación habitual* del cuerpo de una persona por medio del *comercio carnal,* lo cual implica que el agente se *mantenga de ese comercio* u obtenga de él un *lucro cualquiera.*

La *habitualidad* no nace precisamente de la comisión de un delito habitual, sino de la comisión de *varios delitos* idénticos o de *igual especie* que prevalecen, como lo precisa el artículo 21 del Código Penal, de la *misma pasión o inclinación viciosa,* en cuyo caso el reincidente que comete un nuevo delito será considerado *delincuente habitual* "siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años". Comentando el precepto, CARRANCÁ y TRUJILLO encuentra en él un elemento *subjetivo* en la referencia típica a la *misma pasión o inclinación vicios a,* que no es sino "una tendencia específica a delinquir", considerando que tal elemento subjetivo es importante como síntoma de peligrosidad, [11] como ocurre en el violador que impulsado por su misma pasión comete reiteradamente la cópula violenta sin consentimiento de su víctima, o del ladrón profesional y no de ocasión que roba constantemente como un *modus vivendi.* Estos *delincuentes habituales,* como lo expresa Enrique FERRI, si bien no presentan los caracteres antropológicos del criminal nato (o los presentan de vaga manera), cometido el primer robo, ordinariamente a edad temprana y casi exclusivamente contra la propiedad, impulsados generalmente por la relajación moral que les es propia ya la que contribuyen las circunstancias y el medio corrompido, persisten en el delito, adquiriendo el hábito crónico y hacen de él una verdadera profesión".

Las reglas relativas a la *reincidencia* y a la *habitualidad,* contenidas en los artículos 20 y 21 ya comentados, son aplicables por disposición de la ley a los casos en que *"uno sólo de los delitos o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable",* según reza el artículo 22. Se justifica, hemos escrito en el pasado, la operancia de la agravación de la pena que conllevan tanto la *reincidencia* como la *habitualidad,* en atención a la tentativa, dado que ésta abarca o comprende hechos que, al igual que los consumados, son considerados punible, aún cuando aquéllos queden en el ámbito de los actos ejecutivos, pues la política criminal que permite sancionar la reincidencia y la habitualidad respecto a los delitos consumados, encuentra igual aplicación respecto de hechos que quedan en un estrado anterior a la consumación, debiéndose en todo caso seguirse las normas que regulan aquellas instituciones jurídicas.

Por último, es pertinente hacer notar que, siguiendo la corriente adoptada por otros códigos de origen extranjero, la legislación penal mexicana hace *inaplicables* las normas agravadoras de penalidad rela

11 *Código Penal Anotado,* p. 155, Vigésima primera edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

tivas a la reincidencia y a la habitualidad, contenidas en los artículo 20,21 Y 22, en relación con el 65, todos del Código Federal, tratándose de *delitos políticos* y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente, siendo obvia a nuestro juicio la *ratio* que fundamente la exclusión aludida.

JURISPRUDENCIA [12]

APELACJ.ÓN EN MATERIA PENAL (REINCIDENCIA). Si el tribunal de alzada con toda justificación, declaró que no es reincidente el quejoso, porque no se justificó que se haya dictado _sentencia ejecutoria en su contra, por otro delito, debió reducir la pena impuesta por su inferior, en lugar de confirmarla, imponiéndole la misma pena sin razonar debidamente su arbitrio, no obstante que no apeló el Ministerio Público, del expresado .fallo de primera instancia, caso en el cual, procede conceder al quejoso el amparo, para el efecto de que la expresada responsable reponga su fallo y reduzca la pena, previo un razonamiento correcto de su arbitrio."

Amparo penal directo 6649/47. Fallado el 21 de enero de 1949. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre, del ponente, Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo XCIX, página 247 *(IUS: 301168).*

"CONDENA CONDICIONAL, ANTECEDENTE PENAL INEFICAZ PARA NEGAR LA. En lo tocante a la condena condicional, si el tribunal de apelación negó el beneficio de la condena condicional por no encontrarse satisfecho el requisito señalado en el inciso *b)* de la fracción 1 del artículo 90 del Código Penal Federal, al estimar que no es la primera vez que el acusado incurre en delito intencional, pues el informe de sus antecedentes aparece que se le instruyó con anterioridad proceso por el delito de lesiones cometido en riña, lo que implica que no ha observado buena conducta, sobre el particular esta Sala considera que al autoridad responsable no debió tomar en cuenta este antecedente para negar el beneficio de la condena condicional, pues aparte de que se trata de un delito de lesiones cometido en riña, en el que las lesiones produjeron en la víctima un daño en su integridad corporal de poca importancia, dado que se sancionó al reo con pena de prisión de un mes quince días, conmutable por multa de doscientos pesos, es importante destacar que medió un lapso de siete años entre esta infracción y los delitos que motivaron el proceso actual. En efecto, si en el caso de la reincidencia, cuando desde el cumplimiento o remisión de la pena anterior hasta la comisión del nuevo delito, transcurre un lapso igual a la pena de prisión impuesta más la cuarta parte -artículos 20 y 113 del Código Penal Federal-, prescribe la reincidencia, desapareciendo los efectos agravante s de la imputabilidad que la misma entraña, por haberse roto la relación al otorgamiento de la condena condicional, cuando el antecedente penal considerado por el.

---

12 El término jurisprudencia está empleado de manera impropia, pues no sólo refiérese a tesis jurisprudenciales, sino también a tesis aisladas que no integran propiamente jurisprudencia.

sentenciador como prueba de mala conducta, consiste en un delito de mínima importancia y cometido siete años antes del nuevo delito, pues el largo tiempo transcurrido entre la comisión de ambas infracciones penales destruye la apreciación de la personalidad del reo, como perseverante en el delito y refractario al poder represivo y educativo de la pena, acreditando, por otra parte, la posibilidad de su reintegración a la sociedad, cuya finalidad justifica la condena condicional, por lo que siguiendo, asimismo, el criterio de que debe concederse este beneficio con la mayor extensión posible en atención a que proporciona al delincuente la oportunidad de regenerarse al margen de los inconvenientes que entrañan los regímenes penitenciarios, debe otorgarse la protección constitucional a efecto de que la autoridad responsable ordenadora con-o ceda al sentenciado la condena condicional."

Amparo directo 4800/80. Fallado el9 de noviembre de 1983. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo Guzmán Orozco. Sala Auxiliar, *Semanario judicial de la Federación,* Séptima Época, Volúmenes 175-180, Séptima Parte, página 108 *(IUS: 245501).*

"CONDENA CONDICIONAL (REINCIDENCIA). Si la Sala responsable, para no conceder el beneficio de la condena condicional, aduce la razón de ser el acusado reincidente, pero se apoya en una copia certificada tomada del legajo de sentencias, tal copia es, a todas luces, ineficaz para establecer esa reincidencia, porque la copia 'no fue deducida del proceso mismo, lo que le resta valor probatorio pleno."

Amparo penal directo 2009/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha de 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de marzo de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Genaro ~uiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación.* Quinta Epoca, Tomo CXXIII, página 1792 *(IUS:* 294933).

"CONDENA CONDICIONAL (REINCIDENCIA). La copia certificada de una sentencia dictada contra el acusado, es ineficaz para establecer su reincidencia y negarle el beneficio de la condena condicional, si el secretario que la certificó omitió expresar si había causado ejecutoria, requisito indispensable para que estableciera la verdad legal, ya que no pudo ser recurrida. "

Amparo penal directo 2009/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha de 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de marzo de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CXXIII, página 1792 *(IUS: 294934).*

"DELINCUENTE HABITUAL, CARÁCTER DE. No puede tenerse por reincidente al reo si no aparece que sus consignaciones anteriores hayan dado lugar a sentencias condenatorias irrevocables, por cuyo motivo no se encuentra en el caso a que se refiere el artículo 20 del Código Penal del Distrito Federal, que define la reincidencia. Y si, por las razones que se acaban de exponer, no puede tenérsele como reincidente, con menos razón puede ser considerado como habitual, porque éste carácter se basa en la reincidencia, supuesto que conforme al artículo 21 del mismo código que dice textualmente: si el reincidente en el mismo género de infrac-

dones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años: de manera que si en el presente caso no ha habido reincidencia, no se ha reunido el primer elemento esencial para que exista la habitualidad. "

Amparo penal en revisión 2586/45. Fallado el16 de enero de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación.* Quinta Época, Tomo LXXXVII, página 266 *(IUS:* 304398).

"INCÚMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES, REINCIDENCIA EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). Si el acusado fue sancionado anteriormente por el delito de incumplimiento de obligaciones familiares previsto en el artículo 229 del Código Penal del Estado de Sonora, y la sentencia causó ejecutoria, y sigue en el incumplimiento de sus obligaciones familiares no obstante la condena precedente, el hecho de que el delito motivo de la condena revista la calidad de continuo, no implica que sólo una vez pueda ser sancionado, y ya con ello quede exonerado el delincuente del cumplimiento de sus obligaciones familiares futuras, sino por el contrario, si no obstante la condena precedente, el reo no cumple, debe considerársele como reincidente y ser sancionado con más rigor. "

Amparo directo 3262/62. Fallado el de octubre de 1962. Cinco votos Ponente: Alberto R. Vela. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación.* Sexta Época, Tomo LXIV, Segunda Parte, página 19 *(IUS: 260080).*

"REINCIDENCIA. Si a solicitud del Juez instructor del proceso que originó el juicio de garantías, el Juez de una Corte Penal giró oficio en el que se afirma que según el informe del secretario de Acuerdos de la Corte Penal, el expediente a que se refiere el proceso anterior seguido al acusado, no se encontró, pero que según informes verbales proporcionados por el referido secretario, el acusado salió sentenciado a un año de prisión por el delito de lesiones y a seis meses de suspensión para manejar vehículos de motor, habiéndosele concedido el beneficio de la condena condicional; y si tales antecedentes fueron los que sirvieron de base al Juez de primera instancia para imponer la pena señalada al procesado por tener el carácter de reincidente específico, debe decirse que como se puede apreciar, en la especie no se satisfacen los requisitos del artículo 20 del Código Penal Federal, para tener al ahora quejoso como reincidente y, por lo tanto, carecen de fundamento tal estimación de la autoridad responsable y el aumento de penalidad derivado de tal apreciación, Rúes en autos no existe constancia alguna que demuestre que el ahora quejoso fue condenado con anterioridad por sentencia ejecutoria, por lo que debe concederse el amparo solicitado, por ser en este aspecto la sentencia violatoria de las garantías consignadas en el artículo 14 constitucional, por inexacta aplicación de la ley, para el único efecto de que la autoridad responsable dicte nueva sentencia en la cual, sin estimar al reo reincidente, le aplique la pena que estime justa y procedente por los delitos que motivaron su procesamiento, resolviendo si es o no de concederse el

beneficio de la condena condicional, de acuerdo con la potestad que al efecto le otorga el artículo 90 del Código Penal Federal. "

Amparo directo 5861/60. Fallado el 21 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente:JuanJosé Gonzá!ez Bustamante. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación.* Sexta Epoca, Volumen XL, Segunda Parte, página 70 *(lUS: 261428).*

"REINCIDENCIA. Es inexacto que el reo sea reincidente, si de los autos originales del proceso existe informe en el sentido de que habiendo sido procesado por el delito de robo, se dictó sentencia absolutoria a su favor y está pendiente de resolver en segunda instancia; circunstancia que no puede fundar la consideración anotada de tenerlo como réincidente. "

Amparo directo 7129/59. Fallado el 4 de abril de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Tesis relacionada con lajurisprud,encia 219/85. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación.* Sexta Epoca, Volumen XXXIV, Segunda Parte, página 60 *(lUS:* 261849) .

"REINCIDENCIA. Es infundado el concepto de violación que aduce el quejoso por cuanto sostiene que la autoridad responsable no debió darle tratamiento de reincidente, a virtud de que no existe en el sumario prueba que lo acredite, si aunque es verdad que en las constancias procesales que se tiene a la vista, aparece que no obra glosada al sumario, copia certificada de la sentencia ejecutoriada relativa al anterior proceso que se siguió al quejoso, también lo es que el propio imputado, al verter su declaración preparatoria y al dar respuesta a preguntas especiales que le fueron formuladas, manifestó que determinado día salió en libertad preparatoria de la Penintenciaría del Estado en donde estaba cumpliendo una condena por delitos que había cometido; luego es inexacto que no se hubiera acreditado en el sumario la reincidencia del quejoso, toda vez que, cuando disfrutaba del beneficio de la libertad preparatoria, perpetró el delito que determinó su enjuiciamiento y condena y ahora recurre al través del presente juicio de garantías."

Amparo directo 1284/57. Fallado el 29 de enero de 1958. Mayoría de tres votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez. Disidente: Luis Chico Goerne. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación.* Sexta Época, Volumen XXX, Segunda Parte, página 78 *(lUS:* 262122).

"REINCIDENCIA. Es cierto que algunos tratadistas consideran no idónea la reincidencia si el antecedente delictivo es de especie intencional y el nuevo de grado culposo, en virtud de que el agente, sin querer el resultado lo realiza por imprudencia y por consiguiente, agregan, no se sabe si la pena se cumplió con la finalidad correctiva o intimidatoria; sin embargo, las nuevas tendencias de política criminal consideran que 1 represión de la conducta de un sujeto está en función de la peligrosidad, de suerte que sea con antecedente de culpa o pOI: dolo, el agente amerita aumento de sanción cuando recae. Pero esencialmente, si el legislador local no distingue al hablar de la reincidencia de las especies de la culpabilidad sino que lisa y llanamente se refiere a nuevo delito. Es indubitable que en el caso fue correcta la calificación del sentenciador impuesta al acusado de ser reincidente, en virtud de que consumó nueva infracción cuan-

do h .Día extinguido la anterior pena por haberse acogido al beneficio de la condicional."

Amparo directo 2440/58. Fallado e121 de enero de 1959. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Tesis relacionada con la jurisprudencia 217/85. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XIX, Segunda Parte, página 208 *(IUS: 263191).*

"REINCIDENCIA. Ninguna ley exige que para comprobar la reincidencia sea indispensable la copia certificada de la condena íntegra."

Amparo directo 1165/56. Fallado el 26 de octubre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XII, Segunda Parte, página 170 *(IUS:* 264087).

"Reincidencia. Si al quejoso se le fijó sanción agravada por considerársele reincidente, sin serio técnicamente, dado que cuando volvió a delinquir aún no se pronunciaba la primera sentencia y mucho menos había causado estado, es indubitable que se le causó perjuicio."

Amparo directo 6138/57. Fallado el 20 de marzo de 1958. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón. Tesis relacionada con la jurisprudencia 219/85. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen IX, Segunda Parte, página 113 *(IUS: 264276).*

"DELINCUENTES HABITUALES, PENALIDAD APLICABLE A LOS (LEGISLACIÓN DE SONORA). Si bien el artículo 71 del Código Penal aplicable dispone que: "la sanción aplicable a los delincuentes habituales les será doble de la que conforme el artículo anterior, corresponda a los delincuentes." Esto no quiere decir que debe duplicarse la pena y su agravación, sino solamente lo que corresponde por el segundo concepto, que es precisamente la sanción de la reincidencia."

Amparo penal directo 3197/49. Fallado el 24 de agosto de 1949. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo CI, página 1861 *(IUS:* 300790).

"HABITUALIDAD EN EL DELITO. La reincidencia sólo adquiere perfiles de habitualidad en el delito, cuando proviene de una tendencia persistente al delito, emanada de una misma pasión e inclinación viciosa, y siempre que por ella se hayan cometido tres infracciones, en un período que no exceda de diez años; y el dicho del mismo, reconociéndose como un condenado por anteriores delitos, no basta para acreditar tales condenas, ya que la única prueba que la ley admite para tal evento, es la sentencia ejecutoria que revele la existencia de una condena. Si ésta no obra en autos, no puede aceptarse que haya base para estimar que se está frente a un caso de habitualidad delictiva, y la estimación de ella, que se apoye en informes policiales o verbales de los mismos acusados, es violatoria de garantías. "

Amparo penal directo 442/49. Fallado ellO de mayo de 1949. Mayoría de tres votos. Disidente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Época, Tomo C, página 839 *(IUS: 301002).*

"HABITUALIDAD (LEGISLACIÓN DE YUCATÁN). Si los datos en que se fundó la autoridad responsable para declarar la habitualidad no se fundan en copias certificadas en las que consten las sentencias irrevocables, no debió tener por cumplidos los requisitos de los artículos 20 y 21 del Código de Defensa Social de Yucatán, y por tanto no es procedente el aumento que señala el artículo 82 del propio ordenamiento."

Amparo directo 1340/59. Rubén Castillo Pantoja. 9 de octubre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Carlos Franco Sodi. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Sexta Época, Volumen XXVIII, Segunda Parte, página 72 *(IUS: 262249).*

"HABITUALIDAD, SANCIONES INFERIORES A LAS QUE DEBIERON APLICARSE EN CASO DE. Como la habitualidad es una forma agravada de la reincidencia, la pena aplicable a los delincuentes, según lo dispone el artículo 64 del Código Penal del Estado de Jalisco, será la relegación y no podrá bajar de la que se les impondría como simples reincidentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63, mismo que contempla tres hipótesis, que se refieren: 1.- A los simples reincidentes, a quienes se aplicará la sanción que debiera imponérseles por el último delito cometido, aumentada desde un tercio hasta dos tercios de duración a juicio del Juez, quien tendrála facultad de cambiar la prisión por relegación; 2.- A los reincidentes específicos, a quienes se podrá aumentar la sanción de dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena, y 3.- A cuando en uno o en otro caso resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes al primero y al segundo delito, caso en que se aplicará la suma. En este orden de ideas, si se impuso al inculpado, como responsable en la comisión del delito de que se trata, una sanción de relegación por el carácter de delincuente habitual que tiene, y conforme al examen de las circunstancias exteriores de ejecución del delito y a las peculiares del propio inculpado resulta incuestionable que de sancionársele como legalmente debió haber sido conforme a las hipótesis que contempla el artículo 63 invocado, la sanción impuesta pudo haber sido más alta, debe decirse que al haber precluido en favor del reo la determinación emitida al efecto por la responsable, es inconcuso que no se le causa violación alguna por este concepto a sus garantías contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales."

Amparo directo 2079/79. Fallado el 25 de octubre de 1979. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación*, Séptima Época, Volúmenes 127-132, Segunda Parte, página 97 *(IUS: 234903).*

"LIBERTAD CAUCIONAL, CONCEPTO DE HABITUALIDAD, PARA EFECTOS DE LA. El artículo 399, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales, reformado mediante decreto del 22 de abril de 1990, que entró en vigor a partir del 8 de enero de 1991, establece que debe tomarse en cuenta para, en su caso, negar la libertad caucional, el "haber mostrado habitualidad" que haga presumir fundadamente que quienes lo solicitan evadirán la acción de la justicia. La falta de claridad en la expresión usada por el legislador para referirse a la habitualidad en la redacción del artículo y fracción mencionados, es irrelevante, ya que el Código Penal Federal, en su artículo 21, indica lo que es la habitualidad, señalando que: " si el

reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión, inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años". Luego, para suplir la falta de definición de 10 que es la habitualidad en el dispositivo legal citado en primer término, 10 jurídico es tomar el concepto que da al referido artículo 21, y no tratar de interpretar la intención del legislador dando un alcance distinto al concepto de habitualidad ya plasmado en el Código Penal. "

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 77/92. Fallado el 16 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretario: Alejandro García Gómez. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario judicial de la Federación,* Octava Epoca, Tomo X-Septiembre, página 297 *(IUS:* 218568).

"REINCIDENCIA, NO EXISTE EN LOS DEliTOS COMETIDOS POR IMPRUDENCIA. Tratándose de delitos cometidos por imprudencia, es decir, no intencionales, no es jurídico ni legal considerar como reincidente al acusado, porque la reincidencia o reiteración en la comisión de hechos delictuosos, sólo puede referirse a delitos intencionales, de acuerdo con el artículo 21 del Código Penal del Distrito Federal, y de los antecedentes jurídicos y filosóficos que informan tal precepto, ya que en él se habla que se cometa un nuevo delito, procedente de la misma pasión o inclinación viciosa del agente."

Amparo penal directo 279/40. Fallado el 29 de marzo de 1940. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre ,del ponente. Primera Sala, *Semanario judicial de la Federación,* Quinta Epoca, Tomo LXIII, página 4076 *(IUS:* 309564).

BIBLIOGRAFÍA MÍNIMA CONSULTADA

ALIMENA, Bernardino. *Principi di Diritto Penal~,* Napoli, 1912.

ALIMENA, Bernardino. *Delitos Contra la Persona,* Editorial Témis, Bogotá, 1975. Trad. Simón CARREJo y Jorge GUERRERO.

ALMARAZ HAIuus,josé. *Tratado Teórico y* Práctico *de Ciencia Penal,* 11, México,1958.

ANTOLISEI, Francisco. *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1947.

ANTOLISEI, Francisco. *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1955.

ANTOLISEI, Francisco. *La Acción y el resultado en el Delito,* Editorial jurídica Mexicana, 1959. Trad. josé Luis PÉREZ HERNÁNDEZ.

ANTOLISEI, Francisco. *Estudio Analítico del Delito,* Anales de jurisprudencia, México, 1954. Trad. Ricardo FRANCO GUZMÁN.

ARÁMBURO y ZULOAGA, Félix de. *La Nueva Ciencia Penal,* Madrid, 1887.

ARILLA BAS, Fernando. *Derecho Penal, Parte General.* Ed. Poerúa, México, 2001. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Reimpresión. Ed. Témis, Bogotá, 1989. .

BAJO FERNÁNDEz, Miguel. *El Parentesco en el Derecho* Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1973.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y Legítima* Defensa, Ed. Bosch, Barcelona, 1994. .

BAUMANN, jurgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas.* Reimpresión. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

BEcCARIA, César. *Del delito y de la pena,* Editorial Sopena, Barcelona. Trad. Dr. M. DOPPELHEIM.

BELING, Ernesto Von. *Esquema de Derecho Penal,* Depalma Editor, Buenos Aires, 1944. BATTAGLINI, Giulio. *Diritto Penale,* 311 edizione, Padova, 1949. BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale, Parte Generale,* 6. Priulla Editore, Palermo, 1945.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal.* Ed. Bosch. Barcelona, 1977. Trad. GUTIÉRREZ y CONRADI, Faustino.

BREMAuNTz, Alberto. *Por una justicia al Servicio* del *Pueblo,* Editorial Casa de Michoacán, México, 1955.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Tercera edición, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

CALDERÓN-CHOCLAN, *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Bosch, Barcelona, 1999. CAMARGO HERNÁNDEZ, César. *El delito continuado,* Barcelona, 1951.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César. *La* Rehabilitación, Ed. Bosch, Barcelona, 1960. CARMIGNANI, Giovani. *Elementi di Diritto Penale,* 2! edizione.

CARRANCÁ y RrvAS, Raúl. *La* Participación *Delictuosa. Doctrina y Ley Penal,* México, 1957.
CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano,* Robredo, México, dos volúmenes.
CARRARA, Francisco. *Programa del Curso de Derecho Criminal,* Ed. Témis, Bogotá, 1956.
CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal.* Edi torial Jurídica Mexicana, ediciones 1959-1963-1965. Editorial Porrúa, S.A., lO! edición, 1976.
CASTELLANOS TENA, Fernando. *La* punibilidad *y su ausencia,* Criminalia, XXVI, 1960.
CASTRO NÁJERA, Miguel Antonio. *El consentimiento del interesado,* México, 1962. CAVALLO, Vincenzo. *Diritto Penale,* Napoli, 1948.
CENICEROS, José Ángel. *El Nuevo Código Penal. Bases Generales,* Talleres Gráficos de la Nación, México, 1965.
CENICEROS y GARRIDO, *La ley penal* mexicana, Ed. Botas, México, 1934. COLACE, Filippo. *lmputabilitá e Pericolositá nel Codice Penale Vigente.* Societá Editríce Libraria, Milano, 1938.
CONDE PUMPIDO FERREIRA, Cándido. Encubrimiento *y Receptación,* Bosch Editorial. Barcelona, 1955. ,
CÓRDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y Pena.* Ed. Bosch, Barcelona, 1977. CÓRDOBA RODA, Juan. *El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito,* Ed. Bosch, Barcelona, 1962.
COSSÍO, Carlos. *El Problema de las* Lagunas *del Derecho.* Boletín de Información de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Córdoba, Argentina, V. 1941.
COUSIÑO MAc lVER, Luis. Derecho *Penal Chileno,* Tomo **I,** Editorial Jurídica de Chile, 1975.
CREUS, Carlos. *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General.* Segunda edición, Zeus editora, Rosario, Argentina, 1977. CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General,* A.S. T.R.E.A. Buenos Aires, 1990. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal,* 14! edición, Barcelona, 1964, dos volúmenes.
CUELLO CONTRERAs,Joaquín. *La Conspiración para cometer el Delito,* Ed. *Bosch*, Barcelona, 1978.
CURY, Enrique. *Orientación para el estudio de la teoría del delito.* Universidad Católica de Chile, 1973. .
DELITALA, Giacomo. *Il fatto nella teoria Generale del reato,* Padua, 1930.
DE MÁRSICO, Alfredo. *Diritto Penale,* Napoli, 1935.
DE MÁRSICO, Alfredo. *Coscienza e voluntá nella nozione del dolo,* Napoli, 1930. DEL ROSAL, Juan. *Derecho Penal (Lecciones),* 2! edición, Valladolid, 1954. DÍAz PALOS, Fernando. *Teoría General de la lmputabilidad.* Ed. Bosch, Barcelona. 1965.
ESCRIVA GREGORI, José María. *La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en* Derecho *Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
ESTRADA VÉLEZ, Federico. *Derecho Penal. Parte General.* Ed. Temis, Bogotá, 1986. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General,* 2! edición, Santiago, 1965. FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis. *La Participación y el Encubrimiento,* Criminalia, XXV.

FERRER SAMA, Antonio. *Comentarios al Código Penal,* 1 il edición, Murcia, 1946. FERREIRA DELGADO, Francisco, *Teoría General del Delito,* Editorial Temis, Bogotá, 1988.

FERRI, Enrique. *Sociología Criminale,* Torino, 1929.

FERRI, Enrique. *Principios de Derecho Criminal,* 11 edición, Reus, Madrid, 1933. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MuÑoz.

FIERRO, Guillermo Julio. *Teoría de laParticipación Criminal,* Editorial A.S.T.R.E.A. segunda edición, Buenos Aires, 2001.

FIORE, Pascuale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes,* 31 edición, Reus, Madrid, 1927.

FLoRIÁN, Eugenio. *Parte Generale del Diritto Penale,* Milano, 41 edizione, 1934.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal,* 31 edición, Buenos Aires, 1957.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *El elemento subjetivo del delito,* Depalma Editor, Buenos Aires, 1957.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. Delito e injusto, México, 1950.

FRANCO GuzMÁN, Ricardo. El Concurso de personas en el-Delito, Proc~ Gral. de la República, Prensa e Información, Ediciones Especiales, 1959.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. La subjetividad en la ilicitud, Ed. Cajica, 1959.

FOLCHI, Mario O. La Importancia de la tipicidad en Derecho Penal. Depalma editor, Buenos Aires, 1960.

FRÍAS CABALLERO, Jorge. Temas de Derecho Penal. Impresora La Ley, 'Buenos Aires', 1970.

FRÍAs CABALLERO, Jorge. El proceso ejecutivo del delito, Editorial Bibliográfica Argentina. 21 edición, Buenos Aires.

GALLAS, Wilhelm. La Teoría del Delito en el momento actual. Ed. Bosch, Barcelona. Trad. Juan CÓRDOBA RODA.

GARcÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho,* México, 1952.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano.* Instituto de InvestigacionesJurídicas. U.N.A.M. México, 1968.

GARCILÓPEZ, Miguel. Panorámica de la Culpabilidad en la Dogmática Penal Contemporánea, Anuario de Derecho Penal, V-l.

GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1939-1942.

GÓMEZ, Eusebio. Leyes Penales Anotadas, Buenos Aires, 1954.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE,JuanJosé. Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional. Ed. Botas, México, 1946.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H. Delincuencia y Derecho de Menores, Depalma editores, Buenos Aires, 1986.

GONZÁLEZ -QUlNTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1991.

GRlSPIGNI, Felipe. Diritto Penale Italiano, P edición. Milano, 1947. GRAF Zu DOHNA, Alexander. La Ilicitud, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, Trad. Faustino BALLVÉ.

GUlLIANI, Ubaldo. Il Problema Giurídico Delta Condizioni di Punibilitá, Padova, 1966.

GUZMÁN CABAL, Guillermo. El Resarcimiento del Daño en Derecho Penal y Derecho Civil, Ediciones Derecho y Ley, Bogotá, 1981.

HENTING, Hans Von. Criminología, Buenos Aires, 1958.

HERRERA, Lucio Eduardo. El error en materia penal, Abeledo Perrot Editores, Buenos Aires, 1971.

HICHIZOLA, Mario I. La individualización de la Pena, Abeledo Perrot editores, Buenos Aires, 1967.

jAKOBs, Günther. Moderna Dogmática Penal, Estudios Compilados, Ed. Porrúa, México, 2002. jAKOBS, Günther. Estudios de Derecho Penal, Ed. U.A.M. Civitas, Madrid, 1997. jESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Bosch, Barcelona. 1981. Trad. S. MIR PUlG Y F. MuÑoz CONDE. jIMÉNEZ DE AsÚA, Luis. La ley y el delito. Ed. Hermes, 2! edición, Buenos Aires, 1954.

jIMÉNEZ DE AsÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951 y otras ediciones. jIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *La Tipicidad,* Ed. Porrúa, S. A., México, 1955. jIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *La Antijuridicidad,* Imprenta Universitaria, México, 1952.

jIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Panorama del delito. Nullum crimen sine conducta, México, 1950.

KAUFMANN, Armin. Teoría de las Normas Fundamentales de la Dogmática Penal Moderna, Depalma, Buenos Aires, 1977.

KELsEN, Hans. Teoría Pura del Derecho, Edición Universitaria de Buenos Aires, 1960. KLEIN,julio. Teoría de la Culpa, México, 1961.

LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal, 4! edición, Editorial jurídica de Chile, 1963.

LABORDE, Salvador. Las lagunas de la ley y el principio de la plenitud hermética, Rev. de la Escuela Nacional de jurisprudencia, Año IX, núms. 35-36, 1947.

LANDROVE DÍAz, Gerardo. Las consecuencias jurídicas del delito. Tercera edición, Bosch, Barcelona, 1984.

LATAGATIA, Angelo Raffaele. Concurso de Personas en el Delito. Depalma, Buenos Aires, 1967. Trad. Carlos A. TOZZINI.

LASCANO, Carlos S. y otros. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Córdoba, Argentina, 2000.

LAvASTINE y STANCIÚ. Compendio de Criminología, Editoria jurídica Mexicana, 1959. Trad. Alfonso QUlROZ.

LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, 3! edición española, Reus, Madrid, 1926-1927.

LISZT, Franz Von. Derecho Internacional Público, Gustavo Gili Editor, Barcelona, 1929.

LÓPEZ GALLO, Raúl. El Caso Fortuito, Aspecto Negativo de la Conducta, México, 1957. .

LUZÓN DOMINGO, Manuel. Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal, Barcelona, 1960.

LUZÓN PEÑA, Diego. *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa,* Barcelona, 1978. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Editorial Témis, Bogotá, 1954.

MALAGARRIGA, Carlos. *Código Penal Argentino,* Buenos Aires, 1927.

MALo CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano, 1997.*

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale, Torino, 1920. MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale, Torino, 1933.
MApELLI CAFFARENA, Borja y TEARADILLOS BASoco, Juan. Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
MARco DEL PONT K., Luis. Manual de Criminología, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1990.
MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal, Cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1980.
MARcHIORI, "Hilda. Personalidad del Delincuente, Tercera edición, Ed. Por rúa, México, 1985.
MARISCAL VÁZQUEZ, C. A. La plenitud del orden jurídico y la analogía en el Derecho Penal, México, 1960.
MATOS ESCOBEDO, Rafael. La responsabilidad penal de las personas morales, Ed. Botas, México, 1956.
MAuRAcH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, Trad. José CÓRDOBA RODA.
MENDIETA y NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial, Quinta edición, Ed. Porrúa, México, 1988.
MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1955-1957. Trad. José Arturo RODRÍGUEZ MuÑoz.
MILLÁN, Alberto S. El Delito de Encubrimiento, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
MORENO GONZÁLEZ, Rafael. Manual de Introducción a la Criminalística, Sexta edición, Ed. Porrúa, México, 1990.
MORENO GONZÁLEZ, Rafael. Balística Forense, Cuarta edición; Ed. Porrúa, México, 1987. .
MORENO GoNZÁLEZ, Rafael. Ensayos Médico Forenses y Criminalísticos, Segunda edición, Ed. Por rúa, México, 1989. MORO, Aldo. La Antijuridicidad Penal, Buenos Aires, 1949.
MuÑoz CONDE, Francisco. El Desistimiento voluntario de consumar el delito, Bosch, Barcelona, 1972.
MuÑoz CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Reimpresión, Ed. Témis, Bogotá, 1990.
NIBOYET, J. P. Principios de Derecho Internacional Privado, 2! edición, Reus, Madrid 1928.
NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, Ed. Jurídica de Chile, 1960-1966. .
NOVOA MONREAL, Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
NÚÑEZ, Ricardo C. La culpabilidad en el Código Penal. Buenos Aires, 1946.
NÚÑEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires, 1959. .
NÚÑEZ, Ricardo C. Concurso de Delitos, Enciclopedia Jurídica Omeba, III, Buenos Aires, 1957.
ORELLANA WIARCO, Octavio A. Manual de Criminología, Cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1988. PAcHEco,Joaquín Francisco. Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1877. PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Comentado y Concordado, Sexta
edición, Madrid, 1888.

PANNAIN, Remo. Manuale di Diritto Penale, Torino, 1950.
PALACIOS,]. Ramón. La Cosa juzgada, Editorial Cajica, Puebla, 1953. PALACIOS,]. Ramón. La tentativa. El mínimo de ilicitud penal. México, 1951. PAVÓN APARICIO, Manuel. Ensayo sobre integración de la Ley Penal, Ed. jus. México, 1955.
PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Comentarios de Derecho Penal, Editorial jurídica Mexicana, 11 edición, México, 1960.
PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 11 edición, Zacatecas, 1962.
PEco¸josé. Proyecto de Código Penal, Buenos 4ires, 1942.
PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho *Penal,* l. Tercera edición, Lima, 1983. PÉREZ VITORlA, Octavio. *La Minoría Penal,* Bosch, Barcelona, 1940.
PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal, Editorial Reus, Madrid, 1936. PETROCELLI, Biagio. Principi di Diritto Penale, Napoli, 1950.
PETROCELLI, Biagio. La Antijuridicidad, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963. Trad. josé Luis PÉREZ HERNÁNDEZ.
PORTE PETIT, Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, 1, edición 1960. .
PORTE PETIT, Celestino. Legislación Penal Comparada, j alapa, 1946,
PORTE PETIT, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958.
PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la Dogmática jurídico Penal, México, 1954.
PORTE PETIT, Celestino. Problemática de la defensa legítima o real, Rev. Jurídica Veracruzana, XIII.
PORTE PETIT, Celestino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, Novena edición, Ed. Porrúa, México, 1990.
PORTE PETIT, Celestino. Evolución Legislativa Penal en México, Editorial jurídica Mexicana, México, 1965.
PUlG PEÑA, Federico. Derecho Penal, Madrid, 1955.
RANIERI, Silvio. Diritto Penale, Milano, 1945.
RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1951. Trad. Wenceslao ROCES.
REYES ALvARADo¸jesid. Imputabilidad Objetiva, 21 ed., Témis, Bogotá, 1996. REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General. Segunda reimpresión a la Undécima edición, Ed. Témis, Bogotá, 1990.
REYEs ECHANDÍA, Alfonso. La tipicidad, 51 edición. Universidad Externado de Colombia, 1981. La imputabilidad, 21 edición, Universidad Externado de Colombia, 1979.
RICCIO, Steffano. Los Presupuestos del Delito. Concepto y Determinación, Rev. jurídica Veracruzana, XII, 1961, Trad. josé Luis PÉREZ HERNÁNDEZ. Rocco, Arturo. L'Oggetto del reato, Roma, 1932.
RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte General, Madrid, 1979.
RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Octava edición. Editorial Porrúa, México, 1993.
RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1978. Primera reimpresión.

ROjINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Editorial Robredo, México, 1949.

RONCAGLI, Giorgio. La Premeditagione nella Teoria Generale del Diritto, Giuffré editore, Milano, 1950.

ROXIN, Claus. La Parte General del Derecho Penal Sustantivo, Ed. Ariel-Derecho, Barcelona 1989. .

ROXlN, Claus. Teoría del Tipo Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979. Ver sión castellana de E. BACIGALUPO. ROXIN, Claus. Derecho *Penal. Parte General.* Tomo I. Ed. Civitas, 1997.

RUlZ, Servio Tulio. *La Concepción del Delito en el Código Penal.* Ed, Témis, B9gotá, 1983.

SAUER, Guillermo, *Derecho Penal, Parte General,* Barcelona, 1956. Trad. Juan DEL ROSAL Y José CEREZO. .

SÁINZ CANTERo, José A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Tercera edición, Bosch, Barcelona, 1990.

SCARANO, Luigi. 11 Tentativo, Napoli, 1952.

SILVELA, Luis. El Derecho Penal en la Legislación vigente en España, Madrid, 1974. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1951.

SOLís QUlROGA, Héctor. justicia de Menores, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1986.

SOLís QUlROGA, Héctor. Sociología Criminal, Segunda edición, Ed. Porrúa, México, 1977.

STRATENNERTH, Gunter. Derecho Penal. Parte General, Endersa, Madrid, 1982. TOZZINI, Carlos A. Dolo, Error y Eximentes Putativos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964.

TRIGUEROS, Eduardo. La Evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado, Editorial Polis, México, 1938.

TURNER MORALES, Jorge. El Deporte en la Historia y en el Derecho Penal. México, 1956.

VANNINI, Ottorino. Manuale di Diritto Penale, Firenze, 1947.

VÁZQUEZ SÁNcHEZ, Rogelio. El Ofendido en el Delito y la Reparación del Daño. México, 1981.

VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y justificación, Segunda edición, Ed.Trillas, México, 1986.

VIADA y VILASECA, Salvador. Código Penal Reformado de 1870, Cuarta edición, Madrid,1890. VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porma, S. A., México, 1960.

WELZEL, Hans. Derecho Penal, Buenos Aires, 1956. Trad. Carlos FONTÁN BALESTRA.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1980. Trad. Dr. Conrado A. FINZI.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Ediar editores, Buenos Aires, 1987. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del delito, Ediar Editores. Buenos Aires, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SIUZER. Derecho Penal. Parte General, Ed. Porma, México, 2001.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo IX
NOTA A LA DECIMOSÉPTIMA EDICIÓN XI

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. Definición.-2. Terminología adecuada.-3. El titular del Derecho penal y sus destinatarios.-4. Los caracteres del Derecho penal.-5. Partes del Derecho penal.-6. Derecho penal substantivo y Derecho penal adjetivo.-7. Relaciones del Derecho penal con otras ramas del Derecho 3

CAPÍTULO II

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. Definición.-2. El objeto y el método.-3. La sistemática de la ciencia del Derecho penal.-4. Cuadro de las disciplinas penales.-5. La Política criminal.-6. La Sociología criminal.7. La Antropología criminal.-S. La Biología criminal.-9. La Psicología criminal.-lO. La Medicina legal.-ll. La Criminalística.-12. La Psicologíajudicial.-13. La Estadística criminal 23

CAPÍTULO III

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. La venganza privada.-2. La venganza divina.-3. El Derecho griego.-4. El Derecho romano.-5. La venganza pública.-6. El período humanitario.-7. El período científico.-S. La Escuela Clásica.-9. La Escuela Positiva.-lO. Otras escuelas 45

CAPÍTULO IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

SUMARIO: 1. El Derecho penal precortesano.-2. El Derecho Penal Colonial.-3. El Derecho Penal del México Independiente.-4. El Código Penal de 1871.-5. El Código Penal de 1929.-6. El Código Penal de 1931 63

CAPÍTULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. Las fuentes del Derecho en general.-2. La Ley, única fuente del Derechó penal.-3. Las leyes penales.-4. La delegación legislativa y las leyes penales en blanco 73

PARTE GENERAL

TEORÍA DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO I

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

SUMARIO: 1. La ley penal y la norma.-2. La interpretación de la ley.3. Clases de interpretación: 1. Según los sujetos: *a)* Doctrinal o privada; *b)* Judicial; *e)* Auténtica; n. Según los medios: *a)* Gramatical; *b)* Lógica o te leo lógica; III. Según los resultados: *a)* Declarativa; *b)* Extensiva; *e)* Restrictiva; *d)* Progresiva 89

CAPÍTULO II

LAS LAGUNAS DE LA LEY Y LA ANALOGÍA

SUMARIO: 1. El problema de las lagunas de la ley.-2. ¿Existen lagunas en el ordenamiento jurídico penal?-3. El procedimiento analógico de integración de la ley.-4. La analogía y la interpretación analógica.-5. La analogía y la interpretación extensiva 105

CAPíTULO III

LA VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO: 1. El conflicto de leyes en el Derecho privado.-2. Identificación de la validez espacial de la Ley penal con el llamado conflicto de leyes en el espacio.-3. Los principios que rigen la validez espacial de la Ley penaI.-4. ¿Cuáles son los principios aceptados por el Derecho positivo mexicano?-5. Qoncepto de territorio.-6. La extradición.-7. La extradición inter-regional.....117

CAPíTULO IV

LA VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO: l. El tiempo de validez de la ley penaI.-2. La excepción al principio básico que rige la validez temporal de la ley penaI.3. Hipótesis que puede originar la sucesión de leyes penales.4. Concepto de ley más benigna.-5. La retroactividad de la ley y la cosa juzgada..... 141

CAPíTULO V

LA VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

SUMARIO: l. El principio de igualdad ante la ley penal.-2. Las excepciones al principio de igualdad ante la ley penal.-3. La inmunidad diplomática.-4. El fuero. Responsabilidades políticas. Responsabilidades penales. Responsabilidades administrativas.-5. Naturaleza jurídica del fuero 149

CAPíTULO VI

EL CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENALES

SUMARIO: l. Concepto.-2. Su ubicación en la sistemática de la Parte GeneraI.-3. Principios elaborados para la solución del concurso aparente de normas.-4. El concurso aparente de normas y el concurso ideaI.-5. El principio de la especialidad.-6. El principio de la consunción o absorción.-7. El principio de la subsidiaridad.-8. El principio de la alternatividad 163

TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO 1

CONCEPTO DEL DELITO. SUS ELEMENTOS Y ASPECTOS NEGATIVOS. LOS SUJETOS Y OBJETOS

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Concepto jurídico del delito.-3. Concepciones totalizadora y analítica del delito.-4. Diversas definiciones sobre el delito.-5. Aspectos negativos del delito.-6. La prelación lógica entre los elementos del delito.-7. El sujeto activo.-8. El sujeto pasivo.-9. Clasificación del delito en orden a los sujetos.-10. El objeto..... 175

CAPÍTULO II

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO

SUMARIO: l. La Teoría de MANZINI.-2. Criterios de MAsSARI y de MARSICH.-3. Posición de RICCIO.-4. La sistematización de PORTE PETIT 193

CAPÍTULO III

EL HECHO Y SUS ELEMENTOS. LA CONDUCTA

SUMARIO: l. El- hecho como delito y como elemento del delito.-2. El problema de la terminología.-3. Definición y elementos del hecho.-4. Concepto de la conducta como elemento del hecho.-5. Formas de la conducta.-6. Los coeficientes físico y psíquico de la conducta..... 199

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN YLA OMISIÓN

SUMARIO: 1. La acción. Concepto. Elementos.-2. La omisión. Concepto. Elementos.-3. La omisión impropia o comisión por omisión. Concepto. Elementos. Violación de dos categorías de deberes. Fundamentación deber de obrar. Diferencias entre la omisión simple y la comisión por omisión 217

CApíTULO V

EL RESULTADO

SUMARIO: 1. El resultado. Concepto.-2. El daño y el resultado.-3. El peligro como resultado..... 229

CAPÍTULO VI

EL NEXO DE CAUSALIDAD

SUMARIO: 1. El nexo causal.-2. Concepto.-3. Teorías más importantes: *a)* De la equivalencia de las condiciones; *b)* De la última condición; *e)* De la condición más eficaz; *d)* De la adecuación; *e)* De la causa eficiente; *j)* De la causa humana exclusiva.-4. La causalidad en la omisión. Los criterios y teorías elaboradas. Nuestra posición. 237

CApíTULO VII

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN RELACIÓN A LA CONDUCTA Y AL RESULTADO

SUMARIO: 1. Clasificación del delito en orden a la conducta.-2. Delitos de acción.-3. Delitos de omisión.-4. Delitos de omisión mediante acción.-5. Delitos mixtos: de acción y de omisión.-6. Delitos sin conducta (de sospecha o posición).-7. Delitos de omisión de evento o de resultado.-8. Delitos doblemente omisivos.-9. Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.-10. Delitos habituales.11. Clasificació"n del delito en orden al resultado.-12. Delitos instantáneos.-13. Delitos instantáneos en orden del resultado.14. Delitos permanentes.-15. Delitos necesariamente permanentes.-16. Delitos eventualmente permanentes.-17. Delitos alternativamente permanentes.-18. Delitos formales y de resultado o materiales.-19. Delitos de peligro y delitos de daño o de lesión.. 259

CAPÍTULO VIII

EL LUGAR YEL TIEMPO. DE COMISIÓN DEL DELITO

SUMARIO: 1. La importancia de precisar el lugar y el tiempo de comisión del delito.-2. Su ubicación dentro de la sistemática de la ciencia del Derecho penal.-3. Teorías elaboradas: *a)* Teoría de la

intención; *b)* Teoría de la actividad; *e)* Teoría del resultado; *d)* Teoría del efecto intermedio; *e)* Teoría unitaria o de la ubicuidad.4. Lugar y tiempo en los delitos de omisión.-5. Lugar y tiempo de la tentativa.-6. Lugar y tiempo de comisión en los delitos permanentes y continuados.-7. La prescripción y el tiempo de comisión del delito.....283

CAPÍTULO IX

AUSENCIA DE CONDUCTA

SUMARIO: l. Concepto.-2. Casos de ausencia de conducta.-3. La fuerza irresistible.-4. La fuerza mayor.-5. El sueño.-6. El sonambulismó.-7. El hipnotismo.-8. Los actos reflejos 291

CAPÍTULO X

LA TIPICIDAD y SU ASPECTO NEGATIVO

SUMARIO: 1. Concepto de tipo.-2. La evolución del tipo: *a)* Fase de la independencia; *b)* Su carácter indiciario; *e)* Fase de la identidad; *d)* La antijuridicidad como *ratio essendi* del tipo.-3. Diversos elementos del tipo: 1. Elementos objetivos; n. Elementos normativos; III. Elementos subjetivos.-4. Diversas clases de tipos penales.5. Tipicidad y atipicidad 305

CAPÍTULO XI

LA ANTIjURIDICIDAD

SUMARIO: 1. Lo antijurídico, lo injusto y lo ilícito.-2. Lo injusto como elemento del delito.-3. Concepto.-4. Criterio objetivo de la antijuridicidad.-5. Criterio subjetivo de la antijuridicidad.6. La antijuridicidad formal y la antijuridicidad material.-7. La unidad de lo antijurídico.~8. El contenido de lo antijurídico 333

CAPÍTULO XII

LAS CAUSAS,DEJUSTIFlCACIÓN. LA LEGITIMA DEFENSA

SUMARIO: 1. Concepto.-2. Elementos.-3. Casos en que la defensa es inexistente.-4. Teorías que justifican la legítima defensa.5. Exceso en la legítima defensa.-6. Las presunciones de legítima

defensa.-7. Defensas mecánicas-S. Problemática de la legítima defensa: ¿Riña y legítima defensa? ¿Legítima defensa recíproca? ¿Legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa? ¿Legítima defensa del ininiputable? ¿Legítima defensa contra la agresión de un inimputable?
....357

CAPÍTULO XIII

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EL ESTADO DE NECESIDAD

SUMARIO: 1. Concepto.-2. Historia.-3. Teorías que pretenden fundamentar el estado de necesidad.-4. Extensión del estado de necesidad.-5. Elementos del estado de necesidad.-6. Extensión del estado de necesidad en la ley.-7. Diferencias del estado de necesidad con la legítima defensa.-8. El exceso en el estado de necesidad.-9. Casos de estados de necesidad regulados expresa
mente en la ley 3S3

CAPÍTULO XIV

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER YEL EJERCICIO DE UN DERECHO

SUMARIO: 1. Generalidades.-2. El cumplimiento de un deber.-3. El ejercicio de un derecho.-4. El derecho de corrección.-5. Homici.dio y lesiones. en los d~~or~es.-6. Homicidio y lesiones con motivo de operacIOnes qUlrurglcas 403

CAPÍTULO XV

OTRAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

SUMARIo: 1. El impedimento legítimo.-2. La obediencia debida.3. El consentimiento del interesado.-4. Su fundamento.-5. Efectos del consentimiento.-6. Requisitos del consentimiento.7. Cuándo debe consentirse 425

CAPÍTULO XVI

LA CULPABILIDAD

SUMARIO: 1. Generalidades.-2. Evolución del concepto de culpabi lidad.-3. Teorías sobre la culpabilidad: *A)* Teoría Psicológica.

B) Teoría normativa.-4. Elementos de la culpabilidad.-5. El contenido de la culpabilidad.-6. La imputabilida7. La inimputabilidad.-8. Las acciones libres en su causa 437

CAPÍTULO XVII

LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD. EL DOLO

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Teorías sobre el dolo; *a)* Teoría de la voluntad; *b)* Teoría de la representación; *e)* Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada.-3. La teoría aceptable.-:-4. Diversas clases de dolo.-5. El dolo en el derecho posi tivo 477

CAPÍTULO XVIII

LAS FORMAS DE LA CULPABILIDAD. LA CULPA

SUMARIO: 1. Generalidades.-2. Teorías sobre la culpa: *a)* Teoría de la previsibilidad; *b)* Teoría de la imprudencia o negligencia; *e)* Teoría de la causalidad eficiente; *d)* Teoría del error evitable; *e)* Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia.-3. Nuestra tesis.-4. Elementos de la culpa.-5. Clases de culpa.-6. Dolo eventual y culpa consciente.-7. La culpa en la legislación.-8. Compensación y concurrencia de culpas 501

CAPÍTULO XIX

LAS FORMAS DE CULPABILIDAD. LA PRETERINTENCIÓN

SUMARIO: 1. La preterintencionalidad.-2. Criterios sobre la preterintencionalidad.-3. Delitos calificados por el resultado.-4. El *versan in re illicita.-5.* La preterintención en la ley mexicana 523

CAPÍTULO XX

LA IN CULPABILIDAD

SUMARIO: 1. Concepto.-2. Ignorancia y error.-3. El error de dere cho.-4. El error de hecho.-5. El error accidental.-6. El delito

putativo.-7. Las eximentes putativas.-8. La no exigibilidad de otra conducta. 9. Casos legales de no exigibilidad..... 537

CAPÍTULO XXI

EL CASO FORTUITO

SUMARIo: 1. Concepto.-2. Los criterios subjetivos.-3. El criterio material.-4. La corriente mayoritaria 559

CAPÍTULO XXII

LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

SUMARIO: l. Concepto.-2. ¿Elemento o consecuencia? .-3 Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias) .-4. Las excusas absolutorias en el Código Penal 569

CAPÍTULO XXIII

LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

SUMARIO: l. Consideraciones generales-2. Las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones objetivas de procedibilidad3. Las diferencias entre unas y otras condiciones-4. Las condiciones objetivas de punibilidad propias y las impropias-5. Conclusiones 581

CAPÍTULO XXIV

LAS FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO LA TENTATIVA

Sumario: 1. Las fases del *iter criminis: a)* La fase interna o subjetiva; *b)* La fase externa u objetiva.-2. La tentativa: Historia. Concepto.-3. Elementos de la tentativa.-4. Actos preparatorios y actos ejecutivos.-5. Inidoneidad en los medios y falta de objeto.6. Delitos en los que no es posible hablar de.tentativa.-7. Delitos en que sí se da la tentativa.-8. Criterios que pretenden fundar la punición de la tentativa.-9. La razón que justifica la menor punición.-10. El artículo 12 del Código Penal.-11. El desistimiento y el arrepentimiento activo 589

CAPÍTULO XXV

LA PARTICIPACIÓN DELICTUOSA

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Concurso necesario y concurso eventual de sujetos.-3. Concepto.-4. Naturaleza.-5. Requisitos de la participación.-6. Formas de la participación.-7. Autores, coautores y cómplices.-8. Concurso culposo en delito doloso.9. La participación en el delito culposo.-10. Concurso doloso en delito culposo.-11. La comunicabilidad de las circunstancias.-12. El encubrimiento..... 621

CAPÍTULO XXVI

EL CONCURSO DE DELITOS

SUMARIO: 1. La ubicación del concurso en la sistemática del Derecho pena1.-2. Diversas hipótesis con relación a la conducta y a la lesión jurídica.-3. El delito continuado: *A)* Concepto; *B)* Elementos; *C)* Consumación.-4. La naturaleza jurídica del delito continuado.-5. El delito continuado y el concurso de delitos.6. El concurso real y su punición.-7. El concurso idea1.-8. Clases de concurso ideal 655

CAPÍTULO XXVII

CONSUMACIÓN Y AGOTAMIENTO DEL DELITO

SUMARIO: 1. ¿Qué es la consumación?-2. Consumación en el delito continuado.-3. Consumación en el delito permanente.-4. El agotamien to del delito..... 679

CAPÍTULO XXVIII

CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

SUMARIO: 1. Concepto.-2. Elementos del delito y las circunstancias del delito.-3. Clasificación de las circunstancias.-4. Comunicabilidad de las circunstancias.-5. ¿Concurso de circunstancias en el delito?..... 685

CAPÍTULO XXIX

LA RESPONSABILIDAD PENAL Y SU EXTINCIÓN

SUMARIO: 1. Culpabilidad y Responsabilidad penal.-2. Las diversas formas de la extinción de la responsabilidad penal.-3. Muerte del delincuente.-4. AmnistÍa.-5. El perdón del ofendido.6. Indulto.-7. Reconocimiento de inocencia.-8. Rehabilitación.9. Prescripción.-lO. Cumplimiento de la pena o medida de seguridad.-11. Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.-12. Existencia de una sentencia anterior dictadas en proceso seguido por los mismos hechos.-13. Extinción de las medidas de tratamiento de inimputables..... 697

CAPÍTULO XXX

REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

SUMARIO: 1. Reincidencia. Concepto.-2. Requisito de la reinciden: cia -3. Naturaleza de la reincidencia.-4. Clases de reinciden cia.5 Reincidencia y concurso real de delitos-6. La habitualidad delincuencial 717

BIBLIOGRAFÍA..... 731

ALGUNAS OTRAS OBRAS DEL AUTOR

Delitos contra el Patrimonio, Editorial Porrúa, S.A., lOa edición, 2001.

Delitos contra la vida y la Integridad Personal, Editorial Porrúa, S.A., 7a edición, 2000.

Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal, en colaboración con V ARGAS LÓPEZ G. Editorial Porrúa, S.A., 7a edición, 1997.

Código Penal de Michoacán comentado, en colaboración con VARGAS LÓPEZ G., Edito rial Porrúa, S.A., 2& edición, 1976.

Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Vol. 1, en colaboración con V ARGAS LÓPEZ G., Editorial Porrúa, S.A., sa edición, 2000.

Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Vol. 11, en colaboración con VARGAS LÓPEZ G., Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, Vol. 111, en colaboración con V ARGAS LÓPEZ G., Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.

Imputabilidad e Inimputabilidad, Editorial Porrúa, S.A., 4a edición, 2000.

Nociones de Derecho Penal, tomo 1, Editorial jurídica Mexicana, 1960.

Nociones de Derecho Penal, tomo 11, Instituto Autónomo de Zacatecas, *1964*.

El concurso aparente de normas, Editorial Porrúa, S.A., 6& edición, 2003.

Las reformas penales, Editorial Porrúa, S.A., 2& edición, 1987.

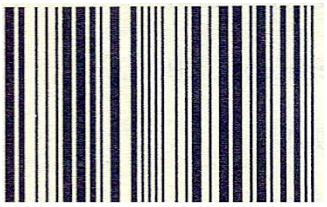
Diccionario de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., 3a edición, 2003.

Breve Ensayo sobre la Tentativa, Editorial Porrúa, S.A., 6& edición, 2003.

La Causalidad en el Delito, Editorial Porrúa, 6& edición, 2003.

"ESTE LIBRO SE ACABÓ DE IMPRIMIR EL DÍA
10 DE MARZO DE 2004 EN LOS TALLERES DE

FUENTES IMPRESORES, S. *A.*
Centeno, 109, 09810, México, D. F.



9 **"789700"745091**