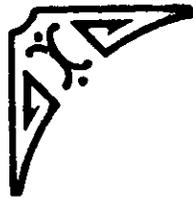




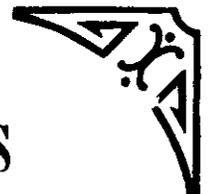
Universidad Casallista Benaunte

879309
8
25

FACULTAD DE DERECHO INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO
Clave: 8793-09



IMPUTABILIDAD EN LOS INDIVIDUOS MAYORES DE 14 AÑOS y MENORES DE 16 AÑOS



T E S I S

Que para obtener el título de:

Licenciado en Derecho

Presenta:

Jaime Campos Ledesma



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
Celaya, Gto.

879309

Marzo 1999



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A MIS PADRES MIGUEL Y OFELIA
POR SU APOYO QUE SIEMPRE ME
BRINDAN, CON CARÍO Y RESPETO.
¡GRACIAS!**

**A MI HERMANA MA. CAROLINA
CON CARÍO Y AFECTO PARA
QUE SIEMPRE SIGA ADELANTE.**

**A MIS HERMANOS LIC. MIGUEL, JUAN GERARDO Y
OSCAR CAMPOS LEDESMA, DESEANDOLES SIEMPRE
TODO LO MEJOR EN LA VIDA.**

**A MI ESPOSA ROSALBA
POR SU APOYO Y AMOR QUE
HE ENCONTRADO EN ELLA.**

**A MI HIJO JAIME CON TODO MI
AMOR Y CARÍÑO**

**A MIS AMIGOS
DR. OMAR SAMANO LOPEZ
LIC. GERARDO ARROYO FIGUEROA
DR. JUVENAL PALACIOS NUÑEZ
DR. ROBERTO CADENA LULE
CON AFECTO.**

**A DIOS
POR DARME FUERZA Y VALOR
PARA SEGUIR ADELANTE.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO: TEORÍA DEL DELITO

1.1.- Delito.-	1
1.2.- Conducta y aspectos negativos.-	6
1.3.- Tipicidad y aspectos negativos.-	10
1.4.- Antijuridicidad y aspectos negativos.-	13
1.5.- Culpabilidad y aspectos negativos.-	19

CAPITULO SEGUNDO: LA IMPUTABILIDAD

2.1.- Contenido de la culpabilidad.-	27
2.2.- La imputabilidad.-	32
2.3.- La responsabilidad.-	37
2.4.- Fundamentos de la responsabilidad.-	40

CAPITULO TERCERO: LA INIMPUTABILIDAD

3.1.- Causas de inimputabilidad.-	45
3.2.- Trastorno mental.-	49
3.3.- Tratamiento de inimputables en caso de internamiento o en libertad.-	55
3.4.- Miedo grave.-	57
3.5.- La inculpatibilidad.-	62

CAPITULO CUARTO: PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

4.1.- Concepto y planteamiento de la prevención.-	68
4.2.- Prevención próxima y remota.-	72
4.3.- La delincuencia juvenil.-	77
4.4.- Instituciones educativas y tipos de instituciones.-	81

CAPITULO QUINTO: ETIOLOGÍA CRIMINAL DE LOS INIMPUTABLES

5.1.- Generalidades.-	87
5.2.- Factores del comportamiento infractor.-	89
5.3.- Factor interno: herencia, gestación y psicología.-	91
5.4.- Factor externo: familia, escuela y trabajo.-	95
5.5.- Los sustitutivos penales.-	99

CONCLUSIONES.-	103
----------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.-	107
----------------	-----

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la imputabilidad penal ha sido y es uno de los conceptos más debatidos a lo largo de la historia de la moderna dogmática jurídico-penal, no solo en lo que toca a sus fundamentos filosóficos-jurídicos, sino también en cuanto a su concepto y contenido, a la ubicación que se le ha asignado en la estructura del delito, a las causas que la anulan y su determinación legal, y sobre todo, a las consecuencias jurídicas que trae consigo cuando de menores se trata.

La imputabilidad ha navegado a la deriva en el refluir de una copiosa gama de orientaciones teoréticas de inspiración fundamentalmente filosóficas. A través de diferentes interpretaciones, excluyentes unas y complementarias otras, pero oscilantes siempre entre un desmedido formalismo jurídico y un exagerado pragmatismo, se ha pretendido agotar este debatido tema.

Al margen de las discusiones filosóficas en torno a los fundamentos de la imputabilidad, actualmente la doctrina sostiene que se trata de una capacidad personal del sujeto. Y de esta manera se ha abordado en el capítulo correspondiente. Pero no sólo el aspecto positivo de la imputabilidad plantea numerosas interrogantes. También su aspecto negativo que es materia de nuestro estudio, nos sigue mostrando que la misma es la piedra angular de todo el derecho penal.

Por esa razón el título de mi trabajo "Imputabilidad en los individuos mayores de 14 años y menores de 16 años" tiene como propósito establecer los apoyos para ubicar la edad del menor infractor en estos márgenes.

En el capítulo primero "Teorías del delito", simplemente se describe un panorama del devenir dogmático del tema, de lo que da origen a la estructura del delito, sus elementos positivos y negativos, a efecto de saber como se ha entendido el tema que nos ocupa y, en su caso, proponer una solución, lo que seguramente se reflejara en las conclusiones.

Es ya en el segundo capítulo cuando centramos la parte medular, es decir, "La imputabilidad" en su aspecto positivo y bajo la nueva concepción del delito. En la que por cierto, la imputabilidad se entiende como un presupuesto de la culpabilidad, o sea, un elemento integrante de la culpa en términos genéricos.

Mientras que en el tercer capítulo denominado "La inimputabilidad", por supuesto, tratamos el aspecto negativo del tema apuntado líneas arriba, las causas más comunes por las que el sujeto se torna inimputable y el tratamiento que ha de dárseles cuando se cae en ese estado, bien que sea previo a la comisión del hecho, coetáneo o posterior al delito, siempre en búsqueda de una solución.

Así llegamos al capítulo cuarto "Prevención de la delincuencia juvenil" donde se analiza el problema de la prevención en sus dos modalidades, vemos también el aspecto de la delincuencia juvenil, tratando de establecer sus diferencias con la delincuencia que aquí en el trabajo calificamos como "delincuencia infantil", haciendo una relación de las instituciones que tienen a su cargo cada uno de estos fenómenos sociales.

Finalmente en el último título llamado "Etiología criminal de los inimputables" buscamos desentrañar el sinnúmero de factores que inciden en el menor para que éste adopte una tendencia delictiva, transgresora de la ley, pero no solamente anunciamos el problema, sino también proponemos una mejor y más eficiente aplicación de los sustitutos penales, donde a pesar de todo, el menor sea tratado con dignidad.

Hasta aquí, sin duda verán mi esfuerzo plasmado en esta nueva visión del problema, del que ahora solo espero su replica.

CAPITULO
I
TEORÍAS DEL DELITO

CONTENIDO: 1. Delito. 2. Conducta y aspectos negativos. 3. Tipicidad y aspectos negativos. 4. Antijuridicidad y aspectos negativos. 5. Culpabilidad y aspectos negativos.

1.1 DELITO.

La palabra "delito" procede de "delicto", que significa "quebrantamiento de la ley". El término delinquere fue utilizado en el derecho romano en contraposición a "crimen" para designar a los delicta privata (delitos privados), sin aparecer en forma alguna la expresión delictum publicum. El término "delito" en sus orígenes se utilizó para hacer referencia a la omisión, como contrafigura de los actos socialmente aceptados.

La expresión "delito" sugiere de inmediato en aquel que la escucha, una asociación intelectual entre como el "mal", lo "prohibido", lo "ilícito", etc., acaso, el delito parece una entidad siempre ligada a la naturaleza del ser humano. Desde tiempo remotos, a una acción prosigue -necesariamente- una reacción, el bien ha castigado al mal, etc., luego entonces, el orden de la sociedad exige en sus miembros una conducta debida y apropiada.

El delito es una entidad jurídica abstracta, que constituye la medula del Derecho Penal, es en otras palabras, la materia de estudio. El derecho penal como disciplina auxiliar del Derecho no es nueva, desde que el hombre se haya en la faz de la tierra con él aparece el delito.

Por supuesto que, el delito es una institución jurídica que tiene sus propios elementos, para entenderla debemos primero, describirla, después, definirla. El delito es siempre dinámico en su aparición en el mundo de la realidad.

Por imperativo de vida, el derecho a castigar sigue a las

sociedades humanas a lo largo de su historia. Considerado como un derecho individual o un poder del Estado, la verdad es que la sanción ha permanecido como un conjunto de sentimientos a los que hemos dado en llamar: "justicia penal".

El legislador teniendo en cuenta los valores que una sociedad en un lugar y en una época definidas pretende que sean tutelados contra las agresiones más violentas, ha instituido un régimen de Derecho para castigar la desobediencia de un mandato; esos valores, elevados a la categoría de bienes jurídicos, están protegidos mediante la amenaza de una sanción para los transgresores.

Sin embargo, para conseguir que los rebeldes se sometan a su imperio, la función sancionadora necesita de la fuerza coactiva y lo puede hacer mediante la ejecución forzada del deber jurídico a fin de restablecer el orden perturbado, la reparación del mal causado y el castigo del desobediente.

Por ahora, solo me interesa como objeto de estudio, la conducta del ser humano que se contrapone al ideal normativo plasmado en la ley. Esto es, solo me interesa la acción contraria a la ley, es decir, la conducta delictiva.

Nadie duda que, el delito como tal es producto de la conducta humana, y que por ende, ha de ser reprochable aun individuo en particular, solo que su accionar deviene en un castigo o pena. De este razoriamento coloquial, pero lógico, se advierte que el "delito" tiene una estructura, que forma nuestro concepto de mismo.

Solo habré de enunciar algunas definiciones del tema que nos ocupa, y que a mi parecer son suficientemente descriptivas, entre ellas las siguientes:

Para el ilustre tratadista alemán Edmundo Mezger se define el delito como un "hacer ú omitir típicamente antijurídico, personalmente imputable y sancionado con una pena" (1). De la anterior idea, destaca la mención -por vez primera- del término "imputabilidad", que atañe a la personalidad del autor específicamente en lo relativo a su conducta, esto es, que el autor del hecho penalmente relevante conoce los alcances y la trascendencia de sus acciones.

En la dogmática penal mexicana, Carrancá y Trujillo considera al delito como "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a sanción penal" (2), en donde el "acto" independientemente de la tipicidad, es el soporte natural del delito; "la imputabilidad" la base psicológica de la culpabilidad, y "las condiciones objetivas" las califica como advenedizas e inconstantes.

En cuanto a la esencia técnico-jurídica del delito, el penalista mexicano la hace consistir en tres requisitos: *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

El artículo 11 de nuestro Código Penal en el Estado de Guanajuato, define al delito como "la conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable, y punible" (3), de donde sobresalen las características de "conducta e imputable", que se refieren al sujeto activo, dando muestra con esto de una posición netamente causalista.

La teoría del delito es a nuestro juicio la columna vertebral del Derecho Punitivo y es consecuentemente punto vital en toda legislación de la materia.

El Código de 1931, modelo de nuestra ley local de 1956, señaló escuetamente "delito es el acto ú omisión que sancionan las leyes penales" (4). Desde un aspecto puramente formal esta definición pudiera estimarse como impecable, sin embargo es obvia la necesidad de buscar la esencia, la substancia de ese acto ú omisión que lo hacen que sea sancionado por las leyes penales.

La legislación de 31 entrañó un considerable retroceso con respecto al Ordenamiento Penal de 1871, mismo que definió al delito como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" (5). Esta concepción fue fiel a la importancia que Francesco Carrara dio al vocablo "infracción", afirmando que el delito no es una acción (elemento que corresponde por igual a un crimen que a una conducta ejemplar), sino una infracción por cuanto se traduce en una transgresión a las disposiciones que regulan el orden social. Tenía presente que no basta la infracción de una ley cualquiera para la integración del delito y por ello puntualizaba la naturaleza de este

como la infracción de una ley penal. Ello dio origen con el tiempo a la doctrina penafística de la tipicidad desarrollada en Alemania por **Beling**.

Carrara sostenía que la diferencia específica que separa al delito de los demás actos es una oposición objetiva y una oposición subjetiva. La primera, por cuanto existe contraste o choque con las prevenciones de la ley penal, y la segunda, por cuanto está presente el querer delictivo en la realización del hecho o cuando menos la imprudencia o la negligencia en su acontecer.

La definición de **Carrara** podría considerarse antecedente del concepto del delito estructurado por la dogmática alemana, acción típica, antijurídica y culpable.

El Código Penal de nuestro Estado acoge esta concepción, inclusive, el artículo en comentario, adopta la fórmula de **Mezger** al señalar: delito es la conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

Es necesario asentar que en el Código se agregan dos elementos a la concepción tradicional alemana: la imputabilidad y la punibilidad. Se ha discutido si la imputabilidad es un elemento esencial del delito o si es un presupuesto. La mayoría de las posiciones doctrinarias la conciben como capacidad de "entender y de querer" y en tal sentido como esencia del delito, aunque la ubican inmersa en la culpabilidad, como componente de ésta y por ende, se omite concederle relevancia conceptual independiente o autónoma. Esto sucede tanto en las corrientes derivadas de la teoría causal de la acción, como en las adheridas a la teoría de la acción final.

Esta discusión en la doctrina ha suscitado el problema de si la punibilidad es o no elemento esencial del delito. Se ha argumentado que es un error sostener que sí es una característica substancial, toda vez que una cosa es el delito y otra, la sanción, y que afirmar lo contrario equivale a decir que es un elemento conceptual de los diamantes el que se expendan en una joyería.

Lo anterior, ha venido de considerar que la norma penal en sentido propio tiene dos partes. A la que describe el delito se le denomina: figura

delictiva -tipo- y a la parte que contiene la pena se le llama: punibilidad. Se trata entonces, del establecimiento en abstracto, de la sanción, no de su aplicación concreta (punición), ni menos de su compurgamiento (pena).

La punibilidad es característica esencial del delito porque la conminación abstracta de sujeción a sanción forma parte de su substancia. Un delito sin sanción no es delito, una norma sin sanción no es norma, es una mera recomendación.

La definición del delito no sólo es un valioso aporte legislativo *per se* al destacar los elementos esencialmente característicos del ilícito penal, sino que entraña la deliberada intención de los autores del nuevo Código para sentar las bases de una estructuración sistemática del Ordenamiento, toda vez que como podrá observarse cada uno de los elementos característicos que constituyen la concepción técnico-jurídica admitida del delito, da pauta para su tratamiento sistemático y ordenado en la ley.

Para concluir, diremos que las categorías que resultan del análisis sistemático de las definiciones que hemos mencionado con antelación resultan ser las siguientes:

- a) acción o conducta.
- b) tipicidad.
- c) antijuridicidad.
- e) imputabilidad.
- f) culpabilidad.
- g) punibilidad.

Ahora bien, los elementos integrantes del delito deben ser congruentes con los correspondientes al tipo, que son el deber jurídico, el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad, el resultado, la referencia de tiempo, ocasión, lugar, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la violación del deber jurídico.

A estos elementos debe sumarse lo relativo a la punibilidad que constituye, conjuntamente con el tipo, la ley penal, pues resultaría

absurdo pretender tutelar un bien jurídico penal, sin plantear una determinada punibilidad en la ley que contenga al tipo que la recoja.

1.2 CONDUCTA Y ASPECTOS NEGATIVOS.

“El derecho valora conductas humanas, pero no las crea. En tanto que los tipos son abstractas descripciones de conductas, la conducta es lo particular y concreto y la tipicidad una de las características que la hacen delictiva” (6). La ley no crea la conducta porque la describa o la individualice: la conducta es tal, sin que la circunstancia de que un tipo penal la describa afecte en nada su ser conducta humana.

Para que haya conducta es menester que la misma sea voluntaria. La doctrina es unánime al requerir la “voluntariedad” de la conducta. Y es voluntaria cuando no es un mero resultado mecánico, o sea, cuando hay una decisión por parte del agente.

Se ha insistido en distinguir entre “voluntad” y “finalidad”, como hemos visto la voluntad no puede concebirse sin la finalidad, porque no hay ninguna voluntad que no sea final. La voluntad necesariamente implica la finalidad. Partiendo de esta premisa cuando hablamos de voluntad nos estamos refiriendo siempre a una voluntad final, porque no concebimos otra diferente. Con claridad sin par, Alejandro Korn escribió: “acción es la voluntad actualizada en la medida de nuestro poder” (7). El complejo proceso de la actividad psíquica remata en una finalidad material.

Sostenemos la existencia de un único concepto de conducta (el óntico-ontológico) con el que ineludiblemente debe coincidir el derecho penal si es que éste quiere lograr sus objetivos.

A estas alturas, es casi sobreabundante aclarar que nos parece inconcebible que se pretenda la existencia de delitos sin conducta, lo que no es sólo una elemental garantía del derecho penal liberal, sino, simplemente, un requisito que proviene de la esencia misma del fenómeno jurídico, puesto que aún

fuera de los autores liberales se reconoció, siempre que se pretendió interpretar razonablemente el derecho, que "una simple voluntad que no pasa los límites del pensamiento no puede merecer el nombre de crimen" (8).

Así como la especie delito sólo puede darse en el género "conducta", ésta debe estar necesariamente en la base de cualquier teoría del delito que se pretende construir.

El derecho no regula hechos en general, sino sólo conductas humanas, o sea, una sola especie de hechos, el orden jurídico ordena o prohíbe determinadas conductas, en tanto que, con respecto a los hechos que no son conductas, se limita a tomarlos como circunstancias que contribuyen a individualizar las conductas humanas a ellas vinculadas. El Código Penal emplea la voz "hecho" en cuatro sentidos: a) como delito, b) como injusto, c) como conducta típica penalmente relevante, y d) como hecho en el sentido del Código Civil.

Como se observa, el texto legal emplea la voz "hecho" en sentido amplio, dejando a la ciencia la tarea de deslindar qué clase de hecho es el que se trata en cada caso.

Conducta es para nosotros una expresión menos extensa que "hecho". Por "hecho", entendemos una voz que denota un concepto aproximado al del Código Civil: "cualquier acontecimiento susceptible de producir efectos jurídicos" (9). "Hecho", por ejemplo, es la caída de un rayo, que provoca un incendio que genera la exigibilidad de una obligación proveniente de un contrato de seguro. Pero también, las conductas son hechos, sólo que una especial categoría de hechos, de los hechos humanos, los hechos humanos voluntarios.

A la conducta se la suele denominar también "acto", comprendiendo la "acción" y la "omisión".

Conforme a esto, debe quedar perfectamente claro que cuando el derecho se refiere a una conducta humana, se está refiriendo a su materia de regulación -porque es lo único a que puede aspirar a regular- como un hecho humano voluntario y cuando, por cualquier causa que fuere, deja de lado la voluntad, no se está refiriendo ya a una conducta sino a un "hecho"

Battaglioni afirma que la conducta constituye el nudo de la figura del delito y Berner considera que es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito. El acto no es sólo la piedra angular de la teoría del delito, sino la fundamental del sistema del delito.

Conducta humana activa consiste en un movimiento corporal voluntario dirigido a la obtención de un fin determinado. Liszt entiende por acción la modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria, ya consista en un hacer positivo o en una omisión.

Para afirmar que existe una acción basta la certidumbre de que el sujeto ha actuado voluntariamente. Lo que ha querido (es decir, el contenido de su voluntad) es por ahora irrelevante, el contenido del acto de voluntad tiene sólo importancia en el problema de la culpabilidad.

No se confunde esa manifestación de voluntad con el contenido de la voluntad, que pertenece a la culpabilidad. Una cosa es que el movimiento corporal responda a la decisión del hombre (libre, coacto, imputable o inimputable) y otra que lo realice conociendo y queriendo o aceptando algo. No es lo mismo el manejo o dominio del movimiento corporal, que el contenido psicológico volitivo de ese movimiento y el juicio que sobre él pueda hacerse.

El orden jurídico penal regula conductas humanas y excluye otras clases de hechos en su regulación. En el actual estado de nuestra cultura no se concibe un orden jurídico que regule o pretenda regular hechos del mundo físico que no sean conductas humanas, la que, por cierto, también se dan en el universo físico. Los animales y las cosas pueden ser objetos de las conductas, pero no sujetos.

Por otra parte señala el artículo 16 del Código Penal en el Estado que hay ausencia de conducta: "cuando se viola la ley penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente" (10).

En este artículo se reglamenta el aspecto negativo de la conducta. Ha sido muy debatido este problema, pues los autores no se han puesto

de acuerdo en la determinación precisa de los casos en que no existe voluntad, elemento esencialísimo de la conducta.

Generalmente se toman en consideración los aspectos siguientes:

- a) Vis absoluta.
- b) Vis maior.
- c) Impedimento físico.
- d) Movimientos reflejos.
- e) Sueño.
- f) Sonambulismo.
- g) Hipnotismo.

Vis absoluta, vis maior, e impedimento físico se refieren a fuerzas físicas que actúan sobre el individuo. Las dos primeras compeliéndolo a actuar y la última como obstáculo insuperable para obrar. Tanto la vis absoluta como la vis maior se caracterizan por su impulso físico irresistible que lleva a la casación de un resultado típico, con la diferencia que en la primera de ellas, tal impulso proviene del hombre, mientras que en la vis maior proviene de un elemento de la naturaleza.

Por su parte, el impedimento físico puede derivar de un tercero o de la naturaleza, pero en ambos casos impide actuar, debiendo ser para ese efecto, necesariamente invencible.

Por movimientos reflejos, debemos entender aquellas reacciones del sistema neurovegetativo, en las que por tanto no intervienen los centros nerviosos superiores del hombre, por lo que si como consecuencia de un movimiento reflejo se produce un resultado típico, entonces no existirá conducta. Sobre estos cuatro aspectos existe un consenso más ó menos unánime en el sentido en que en tales casos no hay conducta por ausencia de voluntad.

Sin embargo, en cuanto al sueño, al sonambulismo y al hipnotismo, existe un importante debate doctrinario sobre si en tales supuestos estamos ante casos de ausencia de conducta por falta de voluntad o si por el

contrario existe voluntad y sólo hallamos una causa de inimputabilidad.

Ante tal problemática el Código ha preferido dejar en manos del juzgador la determinación correspondiente en cada caso concreto, habida cuenta que la evolución constante de la Psicología y la Psiquiatría no permiten la adopción de criterios decididamente firmes sobre el contenido volitivo de la conducta típica en los casos apuntados.

1.3 TIPICIDAD Y ASPECTOS NEGATIVOS.

La vida diaria y su cotidianeidad nos presentan una serie de hechos contrarios a la norma que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen y los concretan, para poder castigarlos.

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo y al objeto; numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto. Estos elementos del tipo, y sobre todo, su valor funcional, han cambiado, o mejor dicho, se han discutido apasionadamente en estos últimos años.

La tipicidad en su primera fase tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Matar a un hombre, es una conducta hipotéticamente estimada como propia del tipo del delito de homicidio. Es una mera descripción. Establecer si la muerte fue contraria a la norma que prohíbe matar; o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada antijuridicidad.

Finalmente, "el juicio que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la culpabilidad. Beling modificó y amplió su teoría del tipo en 1939, manteniéndole, no obstante, su papel independiente de mera función descriptiva" (11).

La segunda fase de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en el Tratado de Derecho Penal de Mayer, que aparece en 1915. En este libro, resurge la doctrina del tipo. Pero para el autor, la tipicidad no es ya una mera descripción; le atribuye un valor indiciario sobre todo en orden a la antijuridicidad (fase indiciaria), supuesto que, los tipos no puedan verse como meras abstracciones, no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valorización que el legislador realiza de determinadas hipótesis que crea o absorbe, pero todo ello con la idea precisa de preservar la integridad de los bienes culturales que considera merecedores de la especial tutela del Derecho Penal.

La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como por ejemplo, la inclusión en el tipo del hurto, de la cualidad ajena de la cosa.

La fase tercera, extremadamente opuesta a la concepción de Beling, se halla representada por Edmundo Mezger. Aunque desde 1926 comenzó a construir su doctrina, ésta recibe organización definitiva en 1931, cuando publica su "Tratado de Derecho Penal". La teoría de Mezger transparenta a su definición del delito: "acción típicamente antijurídica" (12). Puesto que para Mezger, no es ya el delito una acción típica, antijurídica, etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en sección o capítulo propio, sino que, por el contrario, se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y después como injusto tipificado.

En la concepción de Mezger, la tipicidad es mucho más que un indicio, mucho más que *ratio cognoscendí* de la antijuridicidad, llegando a constituir la base real de ésta, su *ratio essendi*.

La tipicidad no es *ratio essendi* de la antijuridicidad, sino

más bien un indicio de ella, como Mayer expuso con acierto, o a lo sumo, una función de concreción y de conocimiento de la antijuridicidad, a los efectos penales.

De mera concreción cuando, existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y enmarca la antijuridicidad; de conocimiento, cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuridicidad y el tipo.

No puede independizarse la tipicidad de los restantes caracteres del delito; pero sería erróneo hacer con todas las características de la infracción un todo indisoluble, presidido de una parte por la voluntad criminal, y de otra, por el resultado lesivo de la comunidad o del pueblo. Ello supone poner en manos de los jueces la libertad de los ciudadanos, ya que volatilizan los principios objetivos en la determinación de los actos contrarios a las normas, someter a los individuos a una concepción que anula la personalidad en beneficio de vagos e imprecisos conceptos de comunidad de pueblo y de raza.

Es indispensable el mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva, de la culpabilidad, como caracteres funcionales, que, si bien forman a la postre el todo conceptual llamado delito, son capaces de ser distinguidos separadamente, ya que cada uno posee función propia en la diversidad armónica del conjunto.

Por lo que respecta a la tipicidad, nuestra opinión es ésta: es la función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia.

El aspecto negativo de la tipicidad o la ausencia de tipo, por otra parte, presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege", que técnicamente se traduce: no hay delito sin tipicidad. Puesto que no se acepta la analogía; cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando falta alguno de los elementos o caracteres típicos, no puede ser defenido el agente, habida cuenta, que su conducta habría de ser atípica.

Casos específicos de atipicidad y ausencia total de tipo:

Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que parecen hacerle subsumible con un tipo legal, y explorado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, como cuando, por ejemplo, el protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta; del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia; del lugar, del medio o de la ocasión, entonces nos hallamos ante casos específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder en contra del autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan.

El caso de atipicidad general, es el que, con más motivo, ha de quedar impune, conforme al apotegma *no hay delito sin tipo legislado*. Así, por ejemplo, por muy injusta que sea la usura, puesto que en el Código Argentino, o en el venezolano, no se halla incriminada, es imposible perseguir al usurero.

1.4 ANTIJURIDICIDAD Y ASPECTOS NEGATIVOS.

Puede decirse provisionalmente que la antijuridicidad es lo contrario a Derecho. Por tanto, no basta que un hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. Pero esto nada profundo nos expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas.

Esta definición provisional de lo antijurídico sólo nos sirve de punto de partida.

Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley. Así Carrara lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto, ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro?. Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal. Igual acontece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta

algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico, es decir; la norma que subyace a la ley, o sea, que esta detrás de la ley misma.

Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: no matarás, no robarás. Si se mata, o se roba, se quebranta la norma, más no la ley. Por eso Binding decía: "la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta; la norma valoriza, la ley describe" (13). Esta construye la disposición penal que se compone del precepto en que se describe y define el acto o la omisión, la sanción, en que se determina la pena con que el hecho está conminado.

Nos encontramos entonces, con que en la vida del Derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurista eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito que ataca a un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por eso, en vez de hablar de antijuridicidad, sería preferible decir, lo contrario a la norma.

Así, la antijuridicidad es uno de los temas que mayor dificultad tienen para su cabal comprensión en la teoría del delito.

Es el elemento más relevante del delito, su esencia íntima, su intrínseca naturaleza. Es la posición objetiva de la conducta contra las normas de cultura tuteladas por el Derecho.

Mariano Jiménez Huerta dice: "es el elemento de la antijuridicidad, el de contenido más rico, de horizontes más amplios de los que subyacen en la estructura de los tipos penales y motivan su creación; también aquél que mayor profundidad ofrece, pues mece su cuna en la convivencia humana, su evolución y desarrollo van íntimamente unidos a la de la cultura imperante en cada ciclo de la historia y a la de su lenta pero incesante transformación" (14).

De ahí que sea también el más conflictivo, pues bien puede afirmarse que en torno al mismo no está, ni lo estará nunca, la última palabra dicha.

El pronunciamiento y declaración de que una conducta

es antijurídica, presuponen un análisis, un enjuiciamiento, una valoración o, como dice Mezger: "un juicio en el que se afirman su contradicción con las normas de Derecho" (15).

La antijuridicidad se observa independientemente, porque es de naturaleza distinta de la tipicidad, ésta importa una pura descripción en tanto que la antijuridicidad encierra un juicio de valor referido a la norma.

La acción adecuada a un tipo es el sílbar de la noción dogmática del delito porque constituye el objeto de la valoración que es propia del juicio de antijuridicidad.

Ahora bien, conforme a la estructura del Derecho Penal Mexicano, toda conducta para ser estimada válidamente como delictuosa, debe revestir entre otras, una característica fundamental, la de ser antijurídica. Su calidad de antijurídica deriva del contraste con la prohibición o el mandato de una norma. Es requisito imprescindible el que la conducta encuadre en la descripción abstracta contenida por la tipificación de la figura. De tal suerte, que al efectuarse dicha adecuación se está quebrantando el deber inmanente o incitó en el tipo.

Este mecanismo presenta excepciones sumamente interesantes, las llamadas causas de justificación, en las que no obstante la presencia de una conducta plenamente típica, el hecho no es considerado delito. Ello en virtud de que el legislador, a través de un juicio axiológico, ha estimado que no existe ese contraste entre la conducta y la norma, esto es, que no hay antijuridicidad.

No obstante denominarse "Causas de Justificación" las que excluyen la antijuridicidad, el hecho cubierto por ellas no está justificado, sino que es lícito. Indebidamente se llaman causas de justificación, ya que si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito.

Cuando una conducta típica no es antijurídica, es lícita y, por lo tanto, no hay delito; corresponde a las llamadas causas de justificación. Jiménez Huerta dice que "la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse"

(16). Propone, por su parte, la denominación de "Circunstancias Impeditivas del Nacimiento de la Antijuridicidad". Se les ha denominado: causas que excluyen la responsabilidad, requisitos negativos del delito, circunstancias negativas de la antijuridicidad, conductas conforme al Derecho, causas de licitud, entre otras.

Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho. Es preciso aclarar que no suprimen una antijuridicidad existente, sino que cancelan ab-initio el delito, impidiendo que el hecho sea antijurídico. Las causas de justificación son transítivas; los actos justificados son lícitos, y por consiguiente, quienes cooperan en un acto justificado, quedan cubiertos por su licitud. Los efectos de las justificantes son erga omnes (aprovechan a todos).

En nuestro Código Penal del Estado, se señalan en el artículo 33 como causas de justificación las siguientes:

"1. El consentimiento. El hecho se justifica cuando se cometa con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puedan disponer lícitamente los particulares" (17).

El tratamiento de la nueva ley constituye un fehaciente testimonio del progreso legislativo habido en la materia. Así pues, la fórmula adoptada por el Código Penal no se agota en exigir la validez o eficacia jurídica del asentimiento, sino que con toda propiedad establece la conexión de dicha anuencia y los bienes que conforme a la ley son libremente disponibles por el pasivo, habida cuenta que el orden jurídico precisa restricciones a dicha libre disponibilidad, por lo tanto la permisión que traspase tales restricciones ya no dota de juridicidad a la conducta.

La precisión de los bienes no disponibles tiene que hallarse en el total orden jurídico por lo que es imposible intentar una enumeración limitativa y no sólo esto, sino que habrá casos en los que corresponda al juzgador establecer axiológicamente dicha definición.

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

antijuridicidad.

Como la ley no precisa forma de consentimiento, es dable afirmar que éste puede darse de manera expresa ó tácita, ello se fundamenta en el principio general de derecho que establece que donde "la ley no distingue no debemos distinguir".

La estructura de la justificante en el nuevo ordenamiento nos permite colegir que se acepta el llamado consentimiento presunto, esto es, cuando la víctima no tiene oportunidad de consentir, pero se supone que en caso de poder manifestar su voluntad, consentiría. Como sucedería en un allanamiento de morada realizado con el fin de evitar la producción de daños en la propiedad allanada.

"II. La legítima defensa. El hecho se justifica cuando se obrara en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, contra agresión ilegítima actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impediría" (18).

La agresión es el hecho generador, la base y el fundamento esencial del derecho de defensa y consiste en un acometimiento, acción ofensiva, amago o empleo de fuerza material para causar un mal.

Agresión ilegítima no significa violación delictiva de un derecho, puesto que la legítima defensa tiene lugar para evitar un mal injusto; hay agresión antes de que el bien atacado sea violado y antes de que el ataque constituya un delito; ilegítima no quiere decir delictiva, sino acción emprendida sin derecho.

La amenaza verbal o injuria no son agresión, pues sería peligro de peligro, mientras no se una la acción a la palabra, aunque eventualmente pudiera ser considerado provocador.

Franz Von Liszt sostiene que la agresión "es todo hecho de poner en peligro, por medio de un acto forzosamente positivo, una situación existente, jurídicamente protegida" (19).

Es racionalmente necesaria la defensa que se ejercita con medios moderados en relación al ataque y a la calidad del bien defendido. La prudencia de los jueces, las normas de cultura y el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan aquí un papel destacado y de gran amplitud.

En materia de evitabilidad conviene hacer recordatorio de la opinión de Bernardino Alimena: "hoy nadie sostiene que el agredido, antes de defenderse, tenga el deber de humillarse ante el malhechor recurriendo a la fuga o a la súplica" (20).

"III. El Estado de necesidad. El hecho se justifica, cuando en situación de peligro para un bien jurídico propio, o ajeno, se lesionara otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente.
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro.
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial" (21).

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

El peligro es la posibilidad de sufrir un mal, debe ser real; si se trata de conjeturas imaginarias, indudablemente no se configura la eximente, debe ser grave, es decir, de consideración, importante.

Puede distinguirse el estado de necesidad en objetivo y subjetivo. El primero se da cuando los bienes jurídicos en conflicto son de distinto valor, y se sacrifica el de menor valor para salvaguardar al otro. En este caso, el mal que causa el sujeto es evidentemente menor que el que, con su conducta típica, trata de evitar. El subjetivo se produce cuando los bienes en conflicto son de igual valor, sacrificándose uno de ellos en salvaguarda del otro. El mal que cause el sujeto con su conducta típica es, en este caso, igual que el que trata de evitar.

El estado de necesidad objetivo es una causa de justificación. El estado de necesidad subjetivo es una causa de exclusión de culpabilidad con fundamento en el principio de no exigibilidad. Son casos especiales de estado de necesidad, el robo de indigente y el aborto terapéutico.

“IV. El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. El hecho se justificará cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho” (22).

El cumplimiento de un deber debe traducirse en actos cuya licitud esté enmarcada en la ley, si no hay tal, la conducta no puede justificarse y caeremos en el ámbito del exceso o del cumplimiento del deber putativo, esto es, cuando el sujeto por error cree que su conducta está justificada.

Corresponderá al juzgador precisar si el deber o el derecho son legales o legítimos, respectivamente, acudiendo no sólo al ordenamiento penal, sino al total orden jurídico. Como ejemplos de ejercicio de un derecho podemos añadir la lesiones inferidas en la práctica de un deporte, toda vez que el deporte es una actividad autorizada por el Estado de manera tal que su práctica constituye el ejercicio legítimo de un derecho.

La ley exige que, para justificar el acto típico, el ejercicio del derecho se realice en forma legítima. Este requisito excluye el exceso y el abuso en el ejercicio del derecho.

1.5 LA CULPABILIDAD Y ASPECTOS NEGATIVOS.

La culpabilidad, como estrato culminante de la estructura del delito, ha sido entendida tradicionalmente como reprochabilidad: culpabilidad es, según la conocida expresión de Welzel “la reprochabilidad de la formación de voluntad. Se reprocha al autor el no haber actuado correctamente, el haber optado por el delito, a pesar de estar en posibilidad de obrar de conformidad a la exigencia del derecho” (23). Siempre que esa exigencia sea razonablemente posible y humanamente debida.

Es pues, la culpabilidad un juicio valorativo que se funda en la posibilidad de comportarse según la norma: el autor pudo obrar de modo distinto y a pesar de ello se decidió por la conducta típica y antijurídica; por ello es reprochable y debe responder de sus hechos penales ante la comunidad.

Esta concepción es independiente de la posición en torno a la ubicación de los elementos del delito y el concepto de la acción, pues sea causalista, finalista, o partidario de la idea social de conducta, se suele entender a la culpabilidad en el sentido indicado. Todas estas teorías se engloban dentro del rubro genérico de la "Teoría normativa de la culpabilidad".

La culpabilidad consiste, según el tratadista Ignacio Villalobos en "la determinación tomada por el sujeto de ejecutar un acto antijurídico cuya naturaleza le es conocida" (24). Creo por encima de ello, que el concepto de culpabilidad, antes que jurídico, es esencialmente ético, en el sentido de que importa el modo de valuación de la acción humana que rige en el orden social y moral antes que en el orden jurídico.

En la culpabilidad "están empeñados a fondo todos los valores de la personalidad moral" (25), no es un aspecto semejante a un segmento o gajo del delito, sino "un momento de la vida misma del delito, en que éste se expresa en su totalidad" (26).

Dos teorías se enfrentan para fundamentar la culpabilidad:

- a) La psicológica.
- b) La normativa, propuesta por Frank.

De estas dos se ha originado una tercera posición ;

c) El normativismo puro, que traslada al dolo y a la culpa en el tipo y deja únicamente en la culpabilidad, a la reprochabilidad.

La culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el autor y su conducta o el resultado material, según se trate de

un delito de mera conducta o de resultado material. En el primer caso, hay un solo nexo psicológico; en el segundo, dos, pues además del nexo psicológico entre el sujeto y su conducta, requiere que exista el del sujeto con el resultado material; por tanto, para la teoría psicológica, la culpabilidad se origina en cuanto existe el nexo psicológico.

Para la teoría psicológica, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado, para la normativa en el juicio de reproche a una motivación del sujeto diversa a la debida.

De acuerdo con el psicologismo, las especies o formas de la culpabilidad son dos: el dolo y la culpa.

Sin embargo, para algunos existe una tercera forma de culpabilidad; la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o exceso en el fin, que para otros, constituye no una forma sino una hipótesis de culpabilidad.

Según la teoría finalista de la acción, los elementos de la culpabilidad son :

- a) La exigibilidad de una conducta conforme a la ley.
- b) La imputabilidad, y
- c) La posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

Respecto a las formas de culpabilidad, los tratadistas señalan que el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo y voluntad o aceptación de realización del mismo. Existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

En la actualidad, sólo pueden y deben distinguirse -con una sana interpretación- estas cuatro clases de dolo, cuyos efectos, son por

supuesto, distintos:

- a) dolus directus
- b) dolo con intención ulterior, mal llamado dolo específico
- c) dolo de consecuencias necesarias; y
- d) dolo eventual.

En el llamado dolo directo concurren conocimiento, representación, previsión y querer.

En el dolo indirecto o de consecuencias necesarias. El resultado no es directamente querido por el agente, pero sí hubo previsión, representación y voluntad de realizar un acto ilícito, presentándose además otros resultados como consecuencias necesarias, que llevando adelante su actuar, conscientemente lo admitió o consintió y ello es más que suficiente para que proceda un reproche doloso.

Dolo eventual. Para que éste exista, el resultado no querido debe haberse previsto como consecuencia probable o posible de la conducta, es decir, el resultado que el sujeto ve con indiferencia puede o no puede darse, pero su sola actitud de menosprecio es suficiente para fundamentar el reproche doloso.

En el dolo indeterminado el sujeto no se propone causar un daño en concreto, sino que su propósito es causar alguno. Aquí existe previsión de los resultados posibles vinculados a la acción y el sujeto admite o consiente la producción de cualquiera de ellos.

Por otra parte, obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales, y, en caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá. Dos son las clases de culpa: culpa consciente e inconsciente.

En la culpa consciente el agente no está interiormente

de acuerdo con la producción del resultado, sino que espera que éste no se dará. La falsa esperanza que alimenta el activo descansa en el descuido o desatención de un deber concreto. La culpa inconsciente consiste en la no previsión de un resultado típico previsible, por desatención a un deber de cuidado, ya sea por imprudencia o negligencia.

La preterintencionalidad, que admite nuestro Código Penal, como una tercera forma de culpabilidad, consiste en la causación de un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente.

Ahora bien, al referimos a la ausencia de culpabilidad o aspecto negativo de la misma, es menester agregar que la inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y legalmente descrito por la ley penal.

Si la culpabilidad consiste en la determinación tomada por el sujeto de ejecutar un acto antijurídico cuya naturaleza le es conocida. Al desentrañarse esta definición se llega a precisar necesariamente que la determinación del sujeto debe ser libre y espontánea, y asimismo, el sujeto de referencia debe tener "pleno conocimiento" de lo injusto de su proceder, para que así se integre la culpabilidad.

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

La libre manifestación de un sujeto, realizando un acto antijurídico, con pleno conocimiento de su naturaleza determina la presencia del contraste subjetivo con la norma implícita en el tipo, ello trae como efecto necesario la reprochabilidad ya que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo. Es decir, el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y manifiesta una actitud psíquica contraria al deber, cuando

estos elementos no se dan, surge entonces la inculpabilidad.

Finalmente, hablando del error como causa de inculpabilidad, la doctrina ha estimado como especies o clases del mismo, las siguientes: Error de hecho y error de derecho. El primero de ellos se ha conceptualizado como aquella equivocada representación entre lo que es y lo que se piensa que incide sobre las circunstancias fácticas de la figura de la justificante.

El error de derecho se define como aquel que incide sobre elementos valorativos o consiste en discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador. La fórmula de la ley se inclina por reconocer la inculpabilidad tratándose del error de tipo, esto es, se aparta de la añeja distinción entre error de hecho y error de derecho y adopta las ideas alemanas. Sin embargo, no reconoce el error de prohibición, porque admitirlo implicaría hacer nugatorio el principio de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha porque el hecho de que existan discrepancias ideológicas entre el activo y el legislador no es razón bastante para estimar inculpaible el evento.

Los tratadistas alemanes proponen una clasificación diferente del error y dicen que el error puede ser:

- a) de tipo y
- b) de prohibición.

Es de tipo cuando versa sobre elementos típicos de la figura o de la justificante, pudiendo ser de hecho o de derecho siempre y cuando en éste último caso verse sobre elementos valorativos. De prohibición, es aquel en el que existe discrepancia valorativa entre el sujeto y el legislador originada por la ignorancia o desconocimiento de la ley, por ende, de la norma implícita en el tipo penal.

La doctrina habla de error esencial, inesencial, vencible, invencible, error en el objeto, error en el golpe; pero en general, se puede afirmar que no obra culpablemente quien incide en error esencial, invencible y decisivo. El error es ineficaz como causa de inculpabilidad cuando es inesencial, vencible o no decisivo.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) Mezger, Edmundo. *"Derecho penal"*. Trad. Cerezo Mir, Santiago. 4a. Ed. Cárdenas Editores, S.A. Irapuato, México. 1980. pág. 27
- (2) Carrancá y Trujillo, Raúl. *"Derecho penal mexicano"*. 9a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984. pág. 6
- (3) *"Código Penal para el Estado de Guanajuato"*. Orlando Cárdenas, Editor. S.A. de C.V. Irapuato, México. 1994. pág. 4
- (4) Carranca y Trujillo, Raúl. Op. cit. pág. 8
- (5) Ídem.
- (6) Reynoso Dávila, Roberto. *"Teoría general del delito"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1995. pág. 21
- (7) Mezger, Edmundo. Op. cit. pág. 55
- (8) Ib. pág. 61
- (9) *"Código Civil para el Estado de Puebla"*. 24ava. Ed. Editorial Cajica. Puebla, México. 1994. pág. 158
- (10) *"Código Penal"*. Op. cit. pág. 6
- (11) Jiménez de Asúa, Luis. *"La ley y el delito"*. Editorial Bogotá. Colombia, Col. pág. 221
- (12) Mezger, Edmundo. Op. cit. pág. 61
- (13) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. pág. 246
- (14) Jiménez Huerta, Mariano. *"Derecho penal mexicano"*. Tomo I. 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983. pág. 45
- (15) Mezger, Edmundo. Op. cit. pág. 67
- (16) Jiménez Huerta, Mariano. Op. cit. pág. 46
- (17) *"Código Penal ..."*. Op. cit. pág. 14
- (18) Ídem.
- (19) Von Liszt, Franz. *"La idea de fin en el derecho penal"*. Trad. José Luis Soberanes. 1a. Reimpresión. UNAM. México. 1994. pág. 50
- (20) Ib. pág. 52
- (21) *"Código Penal..."*. Op. cit. pág. 14
- (22) Ídem.
- (23) Welzel, Hans. *"Derecho penal alemán"*. Trad. Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1966. pág. 71
- (24) Villalobos, Ignacio. *"Derecho penal mexicano"*. 8ava. De. Editorial Porrúa, S.A. México. 1984. pág. 336

(25) Ídem.

(26) Ib. pág. 339

CAPITULO
II
LA IMPUTABILIDAD

CONTENIDO: 1. Contenido de la culpabilidad. 2. La imputabilidad. 3. La responsabilidad. 4. Fundamentos de la responsabilidad.

2.1. CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

La parte más delicada de cuanto el derecho penal trata es la culpabilidad. Mientras, nos hemos movido en un terreno descriptivo (tipicidad), o de valoración objetiva (antijuridicidad), no ha sido preciso estimar, en la medida en que desde este instante es necesario hacerlo, la individualización del actuar del sujeto en el hecho que es declarado penalmente relevante.

En última instancia, nuestra disciplina es individualizadora en alto grado, y al llegar a la culpabilidad es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.

En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (27). En relación a su contenido, éste se refiere:

a) Al acto de voluntad (elemento psicológico de la culpabilidad). Y, a sus elementos, que son: Los motivos (parte motivadora), a los que tanta importancia dio ya Mayer y que fueron en la escuela positiva del delito, la piedra angular de su sistema.

b) Las referencias de la acción a la total personalidad del autor (parte integrante caracteriológica). El acto punitivo debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa. Aquí debe apreciarse, aunque lo nieguen, la peligrosidad. Es la única manera de enclavar jurídicamente el estado peligroso del culpable, con independencia de la peligrosidad sin delito, que actúa de otro modo y

no en la esfera penal.

Errarían los que creyeran ver en éste último elemento de juicio que el juez ha de contemplar para el reproche de culpabilidad, una vuelta a las viejas concepciones positivistas. Acaso, si se edificara un código sobre la noción de estado peligroso, la referencia de la acción a la personalidad de su autor cobrase preeminencia sobre los otros dos elementos; pero en los códigos vigentes, la parte integrante caracteriológica no puede asumir tan destacado papel.

La culpabilidad de la conducta se refiere al acto concreto, como hemos dicho, no sólo al carácter y a la peligrosidad.

La conceptualización del elemento "culpabilidad" desde una perspectiva formal, es la de "un conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito" (28). Por su parte la peligrosidad, comporta "un conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida" (29). En otras palabras, *culpabilidad* y *peligrosidad* constituyen los dos puntos relacionados del sistema actual de reacción del Estado frente a la ejecución de un hecho típico y antijurídico.

De esta manera, ocurrirá que una conducta típicamente antijurídica de un sujeto activo culpable dará lugar a la imposición de una pena. Y, por su parte, la conducta típica y antijurídica de un autor, culpable o inculpable, pero peligroso, nos situará ante la aplicación de una medida.

La doctrina y la investigación científicas, también la legislación y la jurisprudencia, coinciden en la conclusión de que el permanente debate, ante el enfrentamiento entre un Derecho Penal meramente retributivo y un Derecho Penal sustancialmente preventivo, que permanece irresoluto, parece que solo tiene la opción positiva favorecedora del sistema dualista, binario o de doble sentido; en otros términos, "pena y/o medida, culpabilidad y peligrosidad."

Tratándose de la culpabilidad, la formulación de las teorías son de especial importancia porque afectan a la esencia misma del Derecho Penal y de su fin último, así como también del ejercicio del poder punitivo del Estado y todo lo que él supone. Se intentan superar apriorismos metafísicos,

tendencias ideológicas, enfrentamientos entre las diversas escuelas, y como colofón de todo ello, proporcionar a las decisiones legislativas los oportunos fundamentos teórico-científicos para evitar la ambigüedad, el confusiónismo y muchas veces la pedantería de muchos sectores doctrinales, aferrados a soluciones tradicionales, que carecen en muy alta medida de solidez científica.

La realización de un hecho subsumible en una figura típica, no significa -sin más- que a su autor sea factible imponerle la pena contenida en la descripción del legislador. Resulta necesario, con carácter previo, establecer, mediante el correspondiente juicio, que el injusto típico realizado es reprochable a su autor, en función de su perpetración dolosa o culposa, y también, en circunstancias en que podía exigirse y debía haber actuado en forma diversa.

En este sentido, Maurach señala literalmente que: "a pesar de las discrepancias terminológicas, existe entre ciencia y jurisprudencia, fundamental armonía en torno a la esencia de la culpabilidad: se contempla la característica decisiva de la misma en el reproche formulado al autor por su motivación contraria al deber" (30).

Culpabilidad es entendida como reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aún cuando podría decidirse y comportarse conforme a Derecho.

El juicio de reproche social (esencia y fundamento de la culpabilidad), que es un juicio de desvalor sobre la actitud del autor no se formula globalmente, sobre el basamento de la impresión general de la personalidad, sino que se apoya en la verificación de los elementos de la culpabilidad previstos por la ley.

Lo anterior, supone un doble efecto: por una parte, constituye una garantía para el justiciable, propia y característica del Estado de Derecho, pues la cuestión de las condiciones, conforme a las cuales puede el juzgador hacer el reproche de culpabilidad, no queda exclusivamente a su discrecionalidad; pero, por otra parte, implica también un relativo rigor del Derecho Penal, puesto que los elementos de la culpabilidad se encuentran negativamente

definidos (en cuanto causas de exclusión de la culpabilidad), de tal manera que la culpabilidad misma sólo debe afirmarse si, en el caso particular y específico, no concurren, motivos de exclusión.

El primer elemento integrante del concepto de culpabilidad es:

1.- La imputabilidad, esto es, está constituido por la salud psíquico-mental del autor del delito adulto, o sea, la capacidad de culpabilidad. Así entonces, cuando nos encontramos en casos de graves manifestaciones de deficiencias y perturbaciones, la disminución de la actitud jurídica no resulta censurable, ya que -en tales supuestos- el agente carece de la capacidad de autodeterminación que normalmente debe suponerse.

2.- Cognosibilidad de lo ilícito del hecho. Este segundo elemento del concepto de culpabilidad, conforma una expresión real y verdadera de la falta de actitud jurídica, es la conciencia de la antijuridicidad. Aquel que decide realizar el hecho con pleno conocimiento de su prohibición, pone de manifiesto una actitud frente al Derecho plenamente reprochable. Pero, ante la concurrencia de un error de prohibición, no cabe formular rechazo social alguno al autor, cuando el error es inevitable.

3.- Exigibilidad de otra conducta. No obstante, además de los elementos específicos del concepto de culpabilidad ya señalados, hay que añadir el injusto del cual también depende el contenido de culpabilidad del hecho, pues éste está íntimamente ligado a su injusto. No puede ser de otra forma, ya que lo que se reprocha al autor no es la formación de la voluntad por sí sola, sino la actuación de la voluntad que dimana de ella.

En otros términos, puesto que el injusto constituye un presupuesto de la culpabilidad, y ésta tiene siempre una obligada referencia al injusto, toda distinción que opere en la esfera del injusto influirá también en la gravedad del reproche de culpabilidad.

De este modo, en tanto que elemento subjetivo del injusto, el dolo constituye -a la vez- objeto de la imputación recaída sobre el autor,

pues el que éste haya actuado dolosa o imprudentemente no sólo determina una diferencia en el contenido de lo injusto, sino también en el de la culpabilidad por el hecho. Se le reprocha al autor el infringir la ley penal cuando estaba obligado a un comportamiento distinto y no lo hace.

En el fondo, la clarificación de los elementos integrantes de la culpabilidad pasa -inevitablemente- por la distinción entre las concepciones sistemáticas que ubican el dolo en la culpabilidad y mantienen una noción compleja de la misma (es decir, en la que se unen el objeto de la valoración y la valoración del objeto), y la atribución a la teoría finalista de la acción (que desplaza el dolo al tipo), un concepto nuevo y exclusivamente valorativo (puramente normativo), de la culpabilidad.

Francisco Pavón Vasconcelos dice: "la culpa es aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción ú omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejados por los usos y costumbres" (31).

Y establece como elementos de la culpa los siguientes:

"a) Una conducta voluntaria (acción ú omisión), reconocida unánimemente, pues sólo del hecho producido por la acción ú omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un resultado típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, mantiene un nexo causal con la acción ú omisión, se adecua perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resultado contraría a la norma en el juicio objetivo de valoración.

c) Nexos causal entre la conducta y el resultado. Para poder atribuir el resultado al agente, se precisa la relación causal de la conducta con aquél.

d) Naturaleza previsible y evitable del evento, pero que aún así de todos modos lo realiza.

e) 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. Aún 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" (32).

A pesar de los anteriores planteamientos, en cierto modo doctrinales, nadie duda que la culpabilidad (como género) es el *substratum* del reproche para el autor del evento penal.

2.2 LA IMPUTABILIDAD.

Dice Sebastián Soler que alrededor del concepto de imputabilidad se desenvuelve el más discutido de los problemas penales de hoy.

Desde la afirmación de la imputabilidad moral, fundamentada en el libre albedrío, como juicio y compendio de la responsabilidad penal, lanzada con aire dogmático por la escuela clásica, hasta la rotunda negación de la escuela positiva, existe una gama de opiniones en torno al entendimiento del concepto de imputabilidad. De manera que resulta poco menos que imposible brindar un repertorio de opiniones, que a la postre poco interesa.

Abandonada por la doctrina más solvente, el planteamiento radical que para explicar el fundamento de la imputabilidad enfrentó a deterministas y defensores del libre albedrío, hoy puede aceptarse como fundamento de la imputabilidad "la capacidad de autodeterminación del hombre, que, sobre la posibilidad de distinguir entre conducta ilícita y lícita, le permite interponer los medios de que dispone para evitar la realización de la conducta prohibida por el ordenamiento penal" (33). Esto es, el autor del delito debe ser siempre un sujeto imputable penalmente.

Dice Fernando Díaz Palos: "nunca nos hemos explicado satisfactoriamente, ¿cómo? disponiendo la teoría general del derecho de un término tan expresivo y exacto como el de "capacidad jurídica", los penalistas la han suplantado en su peculiar estudio por el de "imputabilidad", palabra de retorcida significación, muy a propósito para sembrar la oscuridad" (34).

Nuestro Código Penal no define la imputabilidad, y por tanto, es necesario, extraer su concepto a contrario sensu, de las excluyentes de incriminación, es decir, la imputabilidad no está reglamentada en la ley en forma positiva.

Imputabilidad es: "la capacidad condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción ú omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión" (35).

La imputabilidad presupone que una persona tiene capacidad de querer y conocer, es decir, capacidad volitiva e intelectual, de actuar y de entender, para que puedan imputársele o atribuírsele moralmente sus actos, por tener conciencia de la bondad o maldad de sus acciones.

¿Qué se entiende por capacidad de comprender y de querer? Nos hallamos en realidad, en el corazón del Derecho Penal, allí donde convergen y después se separan las diversas corrientes doctrinales.

Capacidad de entender, como facultad intelectual, es la posibilidad de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta y, por lo tanto, apreciarla, sea en sus relaciones con el mundo externo, sea en su alcance, sea en sus consecuencias.

Capacidad de querer es la posibilidad de determinarse basándose en motivos conocidos y seleccionados, de elegir la conducta adecuada al motivo más razonable, y por consiguiente, de abstenerse y de resistir a los estímulos de los acontecimientos externos.

Imputar es cargar en la cuenta de alguien sus actos. La imputabilidad es una cualidad genérica que es presupuesto de la responsabilidad.

Como afirma Cuello Calón, mientras la imputabilidad es una responsabilidad, la responsabilidad representa una realidad. Todos los que no sean locos, ni sordomudos, ni menores, son imputables, pero sólo son responsables cuando habiendo ejecutado un hecho punible están obligados a responder de él.

Mientras que el estado imputable es anterior a la comisión del hecho, la responsabilidad nace en el momento de la perpetración.

La responsabilidad es la vinculación a que está sujeto un individuo de rendir cuentas de sus actos. La responsabilidad es en concreto, el ajuste de cuentas que cada uno debe rendir de sus actos. Como afirma Ortolán: "la imputabilidad y la responsabilidad tienen lugar lo mismo en las buenas que en las malas acciones" (36).

La imputabilidad concebida como capacidad de culpabilidad, es la postura adoptada por la mayor parte de la doctrina, principalmente alemana, y constituye hoy la opinión dominante.

Debemos analizar las doctrinas del extenso grupo de juspenalistas que vinculan directamente a la imputabilidad con la culpabilidad, se deriva de ello la existencia de tres direcciones al respecto: la primera, representada básicamente por los que sustentan una concepción psicológica de la culpabilidad, la imputabilidad no es más que un presupuesto de aquélla, esto es, como algo previo y condicionante de la propia culpabilidad; la segunda, defendida por aquellos que, aún cuando se inclinan por una concepción normativa de la culpabilidad, consideran a la imputabilidad como su presupuesto; y la tercera, por quienes afirman, con base también en la concepción normativa de la culpabilidad, que la imputabilidad es parte integrante de ésta, postura adoptada tanto por los que sostienen un concepto mixto o complejo de la culpabilidad (causalistas-normativistas), como por aquéllos que participan de un concepto valorativo de la misma (finalistas).

Jerónimo Montes, explica: "como en todo acto humano, son dos las condiciones que deben concurrir en el sujeto de la imputabilidad criminal: la conciencia de la ilicitud y la naturaleza antijurídica del acto, y la facultad de elegir y determinarse. La primera consiste en el conocimiento que el agente tiene, en el momento de resolverse a la realización del delito o del hecho que dio

lugar a él, de la naturaleza jurídica y moral de su conducta y de la norma penal que quebranta; la segunda, en la posibilidad o facultad de elegir entre la ejecución y la no ejecución del hecho delictivo" (37).

Otros como Carrancá y Trujillo aseguran que será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

Paralelamente a la evolución experimentada por el concepto de imputabilidad, lo ha sido el de su contenido, no sólo en el ámbito doctrinal sino también en el legislativo, como lo demuestra nuestra legislación punitiva, donde de concebirse la imputabilidad como inteligencia y libertad, ahora se entiende como comprensión y determinación.

Ahora bien, ¿por qué exige la ley la imputabilidad? ¿Cuáles son las razones por las que se exenta de pena a las personas que carecen de la llamada capacidad de culpabilidad?. Es éste uno de los problemas más arduos y debatidos del Derecho Penal. Suscitado desde hace mucho tiempo y discutido ampliamente hasta por los filósofos, no sin razón se le sigue considerando fundamental, en cuanto implica indagar acerca de los fundamentos de la imputabilidad.

Si bien desde el punto de vista estrictamente jurídico resulta en la actualidad evidente que la imputabilidad, o, si se prefiere la capacidad de culpabilidad, como capacidad de comprensión y determinación es "un concepto esencialmente técnico, no metafísico, cuya elaboración se apoya psicológica y psiquiátricamente en datos verificables" (38), y que comprende el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer un sujeto para ser declarado culpable de determinado delito; no lo son, ni lo han sido nunca, sin embargo, las razones o fundamentos teóricos que sustentan la misma.

En efecto, las razones por las cuales se considera que el hombre es imputable y responsable se han obtenido sobre la base de diferentes fundamentos, sobre todo filosóficos, que se conectan con la milenaria polémica

sobre la existencia o no del libre albedrío del hombre, cuya repercusión en el ámbito penal ha sido evidente.

Por ello, la mera exposición dogmática del tema aparecería totalmente insuficiente, máxime para nosotros, pues este problema ha dado lugar a toda suerte de equívocos, no ya meramente doctrinarios, sino infiltrados en los propios antecedentes del Código Penal vigente y en varios, proyectos de reforma.

Al margen de la discusión filosófica o metafísica en torno a la libertad de la voluntad del hombre, cuya respuesta en dicho ámbito se dificulta tanto por la profusa bibliografía al respecto, diversa según el punto de partida filosófico o científico, como por una cierta vaguedad de las definiciones usuales, lo importante resulta, para lo que aquí interesa, poner de relieve que tal polémica, trasladada al corazón mismo del Derecho Penal, como dice Bettiol, se erige en el punto central de la disputa entre clásicos y positivistas. Es allí donde convergen y después se separan las diversas corrientes doctrinales, inclusive la de los normativistas finalistas que han querido defender su propia tesis, frente a aquellas otras que tratan de buscar un fundamento al principio de la culpabilidad, y, por consiguiente, al de la imputabilidad, que no sea el de la libertad de decisión del hombre.

El problema del fundamento de la imputabilidad penal se reduce a un problema normativo, no ontológico: sólo en la medida en que se reconozca al hombre su capacidad de autodeterminación o, si se prefiere, de motivación, se le puede razonablemente prohibir o mandar algo, y se le puede exigir su correspondiente responsabilidad; en caso contrario, sería admitir y justificar lo que el derecho penal ha superado: responsabilizar al hombre de fenómenos en los que su voluntad no tiene injerencia alguna.

La imputabilidad concebida ya como capacidad de comprensión y determinación, tal como lo hace nuestra ley positiva, sólo tiene sentido para un planteamiento que considere al hombre como un fin en sí mismo y no como un medio para el logro de otros fines, esto es, para un planteamiento que admita la concurrencia de la autodeterminación de la voluntad humana como base o presupuesto del derecho penal, de la culpabilidad, y, por consiguiente, de la

imputabilidad.

2.3. LA RESPONSABILIDAD.

Destinaré el presente punto de la tesis a plantear algunas consideraciones en torno a ese otro concepto que prevalece tanto a nivel constitucional, como legal: la responsabilidad (probable, en el auto de formal prisión y plena, en la sentencia).

Las bases de la moderna dogmática jurídico-penal, tal como la que entendemos en la actualidad, surgen con el tratado de Derecho Penal de Franz Von Liszt en 1881, quien al analizar el objeto de regulación de las normas jurídico-penales, esto es, las acciones humanas, va a seguir la influencia del método de las ciencias naturales, sobre todo de la botánica, que es el método clasificatorio. Así como se clasifican las plantas, o bien, como se clasifican los animales, clasificar los comportamientos humanos para llegar a establecer su concepto del delito.

Así, aplicando el método clasificatorio, va a establecer por una parte, aquellas acciones que son contrarias a Derecho, es decir, las acciones que él va a clasificar de antijurídicas. Por otra parte, va a manejar otro grupo de acciones que califica de culpables y, finalmente, otro grupo de acciones merecedoras de una sanción penal.

De tal manera que, solamente las acciones antijurídicas y culpables pueden ser sancionadas penalmente. Por ello, define al delito como la acción antijurídica y culpable sancionada por la ley, señalando así, dos de los elementos que la doctrina posterior va a considerar como esenciales en todo hecho delictivo, como son la antijuridicidad y la culpabilidad.

Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad están tan íntimamente ligadas que en ocasiones son consideradas como equivalentes. Jiménez de Asúa expresa: "la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras son sinónimas, pero estos tres

conceptos pueden distinguirse y precisarse.

A la *responsabilidad* se le han dado diversas connotaciones para referirla a conceptos diferentes; por ejemplo, se dice que hay responsabilidad desde un punto de vista naturalístico, por la simple intervención en la consumación de cierto y determinado acontecimiento; se habla también de responsabilidad penal, en el Código Penal involucrando las formas especiales de aparición del delito con sus consecuencias; finalmente, en un concepto más amplio, se ha hecho referencia a la responsabilidad jurídica que resulta de la violación de cualquier imperativo que la norma determine.

Para nosotros, el concepto de la responsabilidad se reduce a la consecuencia jurídica que resulta de la cabal integración del delito. Si esta unidad conceptual aparece únicamente cuando se ha conformado, respecto de un hecho, todos los elementos que integran el delito, de ello debe desprenderse una consecuencia. Cuando una conducta es calificada como típica, antijurídica, culpable y punible, hemos llegado a la consecuencia que resulta de la existencia del delito, o sea, a la responsabilidad.

Como es de verse, nada habrá que ligue la culpabilidad a la responsabilidad; la primera es parte de una unidad (delito) que, cuando aparece, provoca el nacimiento de la responsabilidad, a la que corresponden las consecuencias del delito, como son la privación de libertad, la reparación del daño causado, etc. Por tanto, es esencial distinguir que la responsabilidad es consecuencia jurídica del delito, más no de la culpabilidad, o dicho en otra forma, la responsabilidad tiene como presupuesto al delito, del que la culpabilidad forma parte.

“Si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas, o apartarse de ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos” (39).

Debe notarse la diferencia que hay entre la obligación personal de sufrir las consecuencias, concepto que envuelve el supuesto de que tales consecuencias, se conocieron y se aceptaron, y la mera necesidad social de

sujetar a un individuo (o a un objeto) peligroso a medida preventiva o de seguridad, sin contar con lazo alguno de parte del pasivo de estas medidas que se origine en o se relacione con su entendimiento y su voluntad.

El delincuente normal a quien se ha conminado públicamente con una pena y a pesar de ello incurre en la infracción prohibida, es responsable; al enajenado, en cambio, a quien no se amenaza ni se puede amenazar con el sanatorio sin colocarse en su mismo plano de anormalidad, tampoco se puede considerar propiamente "responsable" de sus locuras sin alterar el significado del vocablo; lo que pasa en tales casos es que, sin pensar en obligación alguna engendrada por el sujeto sino sólo en la necesidad social, se le sujeta a vigilancia y a tratamientos curativos, equiparándole hasta cierto punto, con un objeto de derecho y aplicándole los recursos terapéuticos encaminados a restituirle su plena capacidad y su calidad de sujeto activo de derecho.

Por eso es que, en el lenguaje ordinario y tomando a veces la causa por el efecto, se llegan a confundir la imputabilidad con la responsabilidad y se dice de un inconsciente o de un ignorante en grado sumo, que es un "irresponsable", para subrayar su incomprensión y su temibilidad irracional, como si fuera realmente un loco patológico.

Con una pequeña desviación y tomando el asunto en un aspecto más bien procesal, se dice que quien ha ejecutado un acto típico penal debe responder ante los tribunales, dando con ello a entender solamente la sujeción a un proceso en que puede resultar condenado o absuelto, según que se demuestre la concurrencia o la exclusión de la antijuridicidad o de culpabilidad en su conducta.

Y, como una tercera acepción, se usa el término de la "responsabilidad" para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente antijurídico, si obró culpablemente: así los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración, teniendo al acusado como "penalmente responsable" del delito que motivó el proceso y señalando la pena que debe sufrir.

La antijuridicidad es una relación del hecho con el orden jurídico; la imputabilidad, es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad es relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el

sujeto y el Estado, relación ésta última que puede tomarse en tres momentos:

- a) El relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias;
- b) El que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y
- c) El correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el Estado.

A pesar de ello, para mejor entender -valga la expresión- será imputable aquel que en el momento de la comisión del delito tenga aptitud mental suficiente para comprender los alcances de su propio actuar.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

Un Estado de Derecho debe partir del respeto de una serie de garantías del individuo. La acción del Estado encuentra entonces su límite en determinada imagen del hombre, como reducto que no cabe invadir. Para expresar esta idea cabe acudir al concepto de "dignidad humana", tal como se concibe en nuestro momento histórico-cultural. Sólo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse obra suya en cuanto ser racional, se respeta la dignidad humana. Atentaría a ella castigar a alguien por un hecho ajeno a su hacer racional.

El Estado de Derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería por ejemplo, si se castigara a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza esto con la exigencia de cierta seguridad jurídica: "el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado" (40). Puesto que de ese modo su accionar será apegado a la ley.

Todo ello sirve de fundamento a diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy y que pueden considerarse presupuestos de la posibilidad de considerar a alguien como responsable. Tales exigencias son:

1.- El principio de personalidad de la pena. Impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia por el hecho de alguno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las personas jurídicas -lo que afectaría a todos los socios con independencia de su intervención- o, alternativamente, los gestores de ellas por los hechos formalmente realizados por aquéllas.

2.- El principio de responsabilidad por el hecho. Exige un "derecho penal del hecho", y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser -directa o indirectamente-. Aunque el hombre contribuye a la formación de su personalidad, ésta escapa en buena parte a su control. Debe rechazarse la teoría de la culpabilidad por la "conducta de la vida" o la "culpabilidad por el carácter". Este principio entronca con el de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el "mandato" de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el "derecho penal de autor" y la teoría de los "tipos de autor" que propusieron los penalistas nacionalsocialistas, lo que manifiesta su significado político.

3.- La exigencia de imputación objetiva del resultado lesivo a una conducta del sujeto. En los delitos de conducta positiva ello requiere la relación de causalidad entre el resultado y la acción del sujeto, pero además son precisas otras condiciones que exige la moderna teoría de la imputación objetiva y que giran en torno de la necesidad de creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado. En los delitos de comisión por omisión, son precisos requisitos distintos, como la posibilidad de evitar el resultado y la posición de garante.

4.- La exigencia de dolo o culpa (imputación subjetiva). Considerada tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad, hace insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. Superada la concepción

de la "responsabilidad objetiva", hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente, y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto no pudo prever el hecho, no cabe imponer pena alguna.

5.- La necesidad de culpabilidad en sentido estricto, que exige la imputabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación, también de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad si éste no se incluye en el dolo.

Las exigencias enumeradas del 1 al 4 son fácilmente fundamentables recurriendo a la idea ya expresada de imputación del hecho al sujeto como obra suya, no sólo objetiva, sino también subjetivamente. A su vez, esta idea encuentra cómodo engarce con la dignidad humana que debe respetar un Estado de Derecho.

Mayor dificultad entraña la fundamentación de la exigencia de culpabilidad en sentido estricto, puesto que no es posible decir que el hecho voluntariamente cometido por un inimputable no sea obra suya -piénsese en un menor- sin embargo; existe acuerdo en que tampoco puede imputárséle. ¿Por qué no? Puede contestarse que ello se debe a la necesidad de que el hecho aparezca no sólo como obra objetiva y subjetiva del autor, sino también como obra de él en cuanto sujeto dotado de un determinado nivel de racionalidad.

Queda entonces, desde luego, la cuestión de por qué no basta que el hecho sea obra del autor, sino que éste debe de tener determinado nivel de racionalidad. Y más concretamente: ¿Por qué no basta aquello para la imposición de una pena y sí, en cambio, para las medidas de seguridad?. Se trata de un problema complejo sobre el cual no es menester ahora extendernos.

Hay amplio acuerdo en admitir que la existencia del libre albedrío constituye una suposición científicamente indemostrable. La única forma de comprobarla sería repetir varias veces las mismas condiciones bajo las cuales se ha tomado determinada decisión de voluntad y observar si ésta se repite también en todos los casos. Un experimento así es imposible, porque no es posible reproducir con exactitud las mismas situaciones existentes en un momento pasado.

En cualquier caso, siempre habría un factor distinto: el paso del tiempo determinaría en el sujeto de la decisión una acumulación de recuerdos en su mente y una serie de modificaciones en su cuerpo que lo enfrentarían a cada nueva decisión en unas condiciones distintas. Esto no se puede negar. Pero los partidarios de mantener la idea del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal replican a veces que tan indemostrable como aquel concepto lo es la afirmación de su inexistencia.

Pero si tuviésemos que establecer un distingo entre los conceptos de "*culpabilidad*" y "*responsabilidad*", solo diríamos que, el primero, es un concepto propio del Derecho Sustantivo, mientras que, el segundo, es más bien un término, del Derecho Procesal. Pero en donde ambos convergen es en la reprochabilidad del actuar del sujeto activo del delito.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (27) Welzel, Hans. Op. cit. pág. 107
- (28) Argibay Molina, José F. *"Derecho penal"* . Tomo I. Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1972. pág. 295
- (29) Ídem.
- (30) Maurach, Hans. *"Derecho penal"* Tomo I. Trad. Santiago Yañez Pérez. 4a. Ed. Editorial Bosch. Madrid. España. 1989. pág. 137
- (31) Pavón Vasconcelos, Francisco. *"Breve ensayo de la tentativa"* . 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989. pág. 91
- (32) lb. pág. 96
- (33) Villalobos, Ignacio. Op. cit. pág. 413
- (34) Díaz Palos Fernando. *"Las penas privativas de libertad"* . 3a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990. pág. 57
- (35) Argibay Molina, José F. Op. cit. pág. 315
- (36) Villalobos, Ignacio. Op. cit. pág. 419
- (37) lb. pág. 421
- (38) lb. pág. 423
- (39) Reynoso Dávila, Roberto. Op. cit. pág. 178
- (40) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. pág. 237

CAPITULO
III
LA INIMPUTABILIDAD

CONTENIDO: 1. Causas de Inimputabilidad. 2. Trastorno mental. 3. Tratamiento de Inimputables en caso de internamiento o en libertad. 4. Miedo grave. 5. La inculpabilidad.

3.1. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

Nuestra legislación establece que es inimputable quien realice un hecho típico sin tener 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 mental retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente.

“El derecho no dirige reproche alguno contra el inimputable toda vez que éste no puede, a causa de su incapacidad jurídico-penal, realizar injusto alguno, y su actuar no es, consecuentemente, objeto de desvalor jurídico” (41).

Son causas de inimputabilidad:

- a) La minoridad, por exigencias de madurez fisiológica y espiritual.
- b) La avanzada edad en la que disminuyen las facultades fisiológica y espiritual.
- c) La incompleta formación de la personalidad intelectual, como sucede en el sordomudo.
- d) La falta de normalidad psíquica representada en la enfermedad mental y en situaciones de trastornos psíquicos de cierta intensidad.

Para algunos penalistas, la embriaguez, el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo son aspectos negativos de la conducta por estar la conciencia suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros las sitúan como causas de inimputabilidad, cuyo amplio estudio compete fundamentalmente a

la Criminología y a la Medicina Legal.

En estos casos corresponderá a la pericia psiquiátrica determinar si existe grave perturbación de la personalidad, anulación de la inteligencia y supresión del libre funcionamiento de la libertad, para determinar la inimputabilidad.

Como puede observarse, en la enumeración de las causas de la inimputabilidad, los textos vigentes se caracterizan por una amplia variedad de criterios, como puede observarse, verbigracia, en los códigos penales en los que se habla de enfermedad mental, perturbación patológica de la actividad psíquica, enajenación mental, grave perturbación de la conciencia, trastorno mental, debilidad mental, etc., queriendo con ello encontrar una nomenclatura que abarque todas las posibles causas que traigan como consecuencia la correspondiente incapacidad de comprensión y/o determinación.

No obstante lo difícil y complejo de la empresa, el estudio sistemático de las causas enumeradas por las legislaciones que adoptan el criterio mixto, pone de relieve, que todas ellas parten de dos amplios supuestos:

- a) falta de suficiente desarrollo intelectual y
- b) la falta de salud psíquica.

Dado que el estudio de los aspectos estrictamente biopsiquiátricos de la materia exceden de la competencia del jurista, la exposición que sigue se cife sólo a algunas explicaciones elementales que en materia alguna podrían suplir la información que al respecto se encuentra en los tratados de psiquiatría pura o forense. A saber:

"1.- El desarrollo intelectual retardado: Este primer grupo se relaciona con los fenómenos de la inmadurez psicológica, en donde podemos incluir algunos grados de la oligofrenia (moderada, grave y profunda), en cuanto formas de insuficiencias mentales congénitas; a los casos de detección del desarrollo cerebral a temprana edad por diversos factores (traumatismos, infecciones, etc.) y aquellos otros de deficiente desarrollo intelectual originados en la falta de comunicación humana y social, como acontece con los sordomudos no

educados y los ciegos de nacimiento, quienes al estar privados de las funciones de hablar, oír y ver, tienen considerablemente reducido su mundo de relación que les crea una seria dificultad de adaptación en su trato con los demás seres humanos” (42).

Por lo que hace a la Oligofrenia: Etimológicamente oligofrenia significa “poca inteligencia”, y clásicamente se le ha definido como “estados congénitos o precozmente adquiridos y permanentes, que se acompañan de una detención del desarrollo psíquico, preferentemente en la esfera intelectual” (43).

En el caso de las oligofrenias, estas han sido clasificadas según la deficiencia que revelan en cuanto a las facultades intelectuales, en *profunda, media y superficial*, antaño llamadas idiocia, imbecilidad, y debilidad mental, respectivamente.

En este grupo los que mayores problemas presentan para el derecho penal con respecto a la inimputabilidad son los estados de debilidad mental o de oligofrenia superficial, a los que frecuentemente se les ha negado a priori su carácter de eximente o se les ha estimado como un caso de atenuante de la pena, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal.

Y, ello no es del todo exacto, dado que si lo esencial en las oligofrenias, es la incapacidad del sujeto para comprender, de asimilar los hábitos, las normas sociales, el criterio de apreciación no sólo depende de la medida del déficit intelectual del individuo, sino también del caso concreto y del delito de que se trate, sobre todo en aquellos que, como en el fraude, es necesario que el autor comprenda y maneje ciertos conceptos que implican una determinada preparación técnica.

La cuestión del oligofrénico superficial -como en todas las supuestas causas de inimputabilidad- conduce a sostener que la imputabilidad o la inimputabilidad debe ser apreciada en cada caso particular y en relación con cada delito y por ello, se debe hacer un cuidadoso análisis de tipo pericial para que el juzgador esté en condiciones de declarar o bien la inimputabilidad o no del débil mental, o bien la imputabilidad disminuida, siempre que ésta se encuentre prevista

en la legislación de que se trate. Lo que en todo caso ha de tener relevancia en el aspecto de la sentencia.

Por lo que hace a la Sordomudez. "Se etiqueta de sordomudo al sujeto que, por alguna lesión congénita o adquirida, periférica o central, completa o incompleta del sistema auditivo, ha perdido el uso de oído o del habla" (44).

La sordomudez no es por sí sola, causa de inimputabilidad; lo es cuando como consecuencia de dicho estado, la persona no ha logrado el desarrollo psicológico global que le permita comprender la ilicitud de sus actos, o la de actuar conforme a esa comprensión.

La comunicación del hombre con sus semejantes -dice Pavón Vasconcelos-, constituye factor esencial para un desarrollo adecuado de las facultades intelectuales y para la formación ético-social del individuo; por ello, quien nace privado de tales facultades o las ha perdido a temprana edad, no puede ser equiparado en condiciones de adaptabilidad y desarrollo intelectual con una persona normal.

Además de los casos mencionados en los incisos que anteceden dentro del grupo abarcado por el desarrollo intelectual retardado, se puede mencionar la situación de aquellas personas que viviendo en un cierto aislamiento con el mundo que los rodea, pueden carecer del suficiente desarrollo psíquico que les permita comprender el alcance de sus acciones, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, como acontece con los ciegos de nacimiento y las personas mantenidas por sus parientes durante años en un artificial encierro, e incluso el de quienes privados del afecto materno no llegaron a verlo sustituido inmediatamente por el de otro hogar o familia.

"2.- El Trastorno Mental. Si bien en nuestro Código Penal en Guanajuato no se señala casuísticamente el trastorno mental como causa de inimputabilidad, supliéndolo por el de grave perturbación de la conciencia sin base patológica" (45), con lo que la ley penal en la entidad significa un notable avance en la materia, ya que con esta fórmula se comprende no únicamente el citado trastorno mental, sino estado tóxico-infeccioso agudo, el estado de inconsciencia, la

sordomudez, las oligofrenias, etc. no obstante es materia de estudio en este trabajo, porque aún todavía lo contemplan algunas legislaciones, incluso el Código Penal Federal.

El Código Penal Federal, al igual que el de Colombia, utiliza la expresión "trastorno mental", cuyo término, al no hacer mención a entidad nosológica alguna permite, por una parte, abarcar no sólo las perturbaciones de la conciencia que tienen un origen morboso o patológico, sino también aquellas perturbaciones cuyo origen puede ser fisiológico o psicológico, como sucede con ciertas neurosis, psicopatías y otras manifestaciones de grave perturbación de la emotividad y de la afectividad, e incluso, a los trastornos mentales de naturaleza transitoria, sean éstos de raíz mórbida o psicológica; y por otra parte, descartar la necesidad de crear en el ámbito jurídico un concepto de enfermedad mental más amplio que el concepto psiquiátrico de la misma, en lo que se conoce como "bipolaridad del concepto de enfermedad mental" (46).

El trastorno mental, como perturbación de la conciencia puede ser transitorio o permanente, según que dicho estado se presente únicamente durante el tiempo en que el sujeto que lo padece lleva a cabo la actividad o inactividad típicas, o que perdure más allá del tiempo en que éstas se realizan.

Para efectos jurídico-penales, basta que el trastorno mental sea de tal naturaleza que produzca en el sujeto que lo padece una incapacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y/o de conducirse de acuerdo con dicha comprensión, a los fines de declarar su inimputabilidad.

3.2. EL TRASTORNO MENTAL.

El concepto de trastorno mental es eminentemente médico en su origen y la ley le ha dado la jerarquía de concepto jurídico al incluirlo en el sistema normativo, sin que por ello deje de tener una connotación especial que nunca debe olvidarse. El trastorno mental transitorio puede ser de origen patológico o por otra causa, como una emoción profunda que puede llegar a la

inconsciencia y ampararse en una eximente de incriminación en el caso de la comisión de un hecho delictivo.

En virtud de que muchos acusados o sus defensores, alegan en forma simulada, que en el momento de la comisión delictiva estaban bajo el efecto de un trastorno mental transitorio, el cual se caracteriza por lo pasajero y efímero, lo que provoca el proceso post-amnésico (del "no supe que paso") y, además, que no deja huella alguna, por ello la labor de peritos constituye un problema muy difícil y a veces de solución imposible, pues en la mayoría de los casos no se puede sino dar conclusiones de probabilidad.

Nerio Rojas cita un caso en que el acusado afirmaba su amnesia, los peritos no llegaron a descubrir su simulación, y aquél, que fue condenado, tiempo después confesó que había mentado.

El anormal psíquico permanente no puede ser sujeto activo de delito; ya que carece de las facultades mentales plenas de lucidez del sensorio, para tener voluntad, juzgar y discernir claramente sobre sus acciones u omisiones, presupuestos jurídicos necesarios que la propia ley establece en sus preceptos para la integración de la imputabilidad y de la culpabilidad.

Con estas precisiones, en el presente punto de mi tesis, hablaré de las propias enfermedades mentales o psicosis, de las neurosis, las psicopatías o personalidades psicopáticas, y posteriormente de los casos de trastorno mental de naturaleza transitoria, no sin antes manifestar que lo haré de una manera ejemplificativa y muy breve dado, que su estudio completo le corresponde a la psiquiatría forense.

A) *Son trastornos mentales permanentes.* Psicosis: las psicosis suelen clasificarse en funcionales o endógenas, y orgánicas o exógenas, dado que en las primeras se trata de alteraciones mentales cuyo agente causal es por ahora desconocido, en tanto que en las segundas su fundamento somático es conocido, se desarrollan en el cerebro y afectan directamente al mismo.

En el grupo de las psicosis funcionales se mencionan principalmente a la esquizofrenia, a la psicosis maniaco-depresiva y a la paranoia; y

en las psicosis exógenas a los delirios, las demencias y a las epilepsias.

Esquizofrenia: es la más común de las enfermedades mentales, y se caracteriza en términos generales, por la pérdida de contacto con la realidad, que conduce al paciente, regularmente, a una desintegración de su personalidad. Etimológicamente significa "mente hendida", (esquizo: hendir, dividir, fisurar).

"Los tipos clínicos de la esquizofrenia se pueden reducir a cuatro:

a) La esquizofrenia simple, que se caracteriza principalmente por la reducción e interés en las relaciones humanas y el mundo exterior, depauperación de la personalidad, apatía e indiferencia.

b) La esquizofrenia catatónica, en la que el paciente tiene una grave tendencia a la inmovilidad, al mutismo, a la flexibilidad cérea;

c) La esquizofrenia hebefrénica, que se inicia tempranamente, evoluciona por brotes y presenta abundante sintomatología secundaria; y

d) La esquizofrenia paranoide, en que hay hipertrofia del "yo" y delirios interpretativos persecutorios" (47).

Psicosis maníaco-depresiva, Falret la llamó "locura circular"; es una típica enfermedad cíclica, es decir, que aparece en forma periódica, en la que se suceden estados depresivos a los estados maníacos, los que pueden acontecer dentro de un mismo día, o en forma semanal o anual. Los síntomas básicos de la psicosis maniaco-depresiva o círculo de formas ciclotímicas como también se les llama son los siguientes: distimias alegres o depresivas, fuga de ideas o bien inhibición del curso del pensamiento, facilitación o inhibición anormales de las funciones centrífugas correspondientes a la decisión, la acción y la vertiente psíquica de la motilidad. Como síntomas accesorios se añaden las ideas delirantes y alucinaciones (casi exclusivamente visuales y acústicas) y manifestaciones "nerviosas".

Neurosis: nos informa Quiróz Cuarón, que el término "neurosis" data de fines del siglo XVIII y se debe a Collen. Originariamente significó

simplemente "afección nerviosa", pero al progresar la anatomía patológica, se fue restringiendo esta expresión para aquellas enfermedades que aparentemente no tenían un substratum anatómico-patológico.

En la actualidad, la neurosis "es una conducta especial, reiterativa y muy arraigada a la personalidad, en la cual lo que ha fracasado es la adaptación al medio, y en el dinamismo psíquico produce manifestaciones patológicas, psicosomáticas, frecuentemente por vivencias, por recuerdos reprimidos, es decir, por haber quedado "fijados" al trauma: el terror, el miedo, o las impresiones profundas que tocan los núcleos más íntimos de las tendencias instintivas que despiertan actitudes arcaicas" (48).

La Organización Mundial de la Salud caracteriza a la neurosis como un "trastorno mental, sin base orgánica, en el cual el paciente puede mostrar considerable discernimiento y su apreciación de la realidad no está alterada en el sentido de que, en general, no confunde sus experiencias subjetivas morbosas y fantasías con la realidad externa" (49).

El comportamiento puede estar grandemente afectado aunque por lo común permanece dentro de límites socialmente aceptables, pero la personalidad no está desorganizada.

Son, en pocas palabras, formas inadecuadas de reacción (angustia) a una situación dada en que se mantienen o actúan crónicamente, duraderamente, y cuya respuesta obedece a ciertas vivencias del sujeto en cuestión.

Se ha considerado que, por lo general, las neurosis no dan lugar a la *inimputabilidad*, sino en ciertos casos la *imputabilidad disminuída*, lo cual se debe al hecho de que frecuentemente se haya pretendido negar a la neurosis -al igual como ocurre con las psicopatías- el carácter de enfermedad mental (que en rigor no lo es), como también que se haya observado que el paso de la salud a la neurosis es a veces bastante sutil.

Es cierto que el neurótico no debe ser considerado en principio como inimputable, pero ello no significa ni mucho menos autoriza a

excluirlo, por definición, del círculo de las personas que pueden llegar a ser inimputables, ya que si bien en la generalidad de los casos las neurosis no darán lugar a una inimputabilidad, la gravedad que pueden alcanzar algunas de ellas, como en el ejemplo que pone Zaffaroni de "las histerias conversivas" (la pérdida de funcionamiento en la esfera física o mental; como parálisis o incapacidad para hablar, anestesia, ceguera, desmayos, trances, fugas mentales, etc.) que pueden generar una alteración profunda de la consciencia, bien pueden fundar una incapacidad de culpabilidad y aún, una más profunda incapacidad de delito.

Psicopatías. El concepto de psicopatía se inició en 1803 con Pinel, al hablar de "manía sin delirio"; en 1835 Pritchard la denominó "locura moral", y en 1838, J.L. Koch prefirió hablar de una inferioridad psicopática, de una psicopatía constitucional o del psicopático. En la actualidad se habla de "personalidades psicopáticas" y la Asociación Psiquiátrica Americana se pronuncia por "trastornos sociopáticos de la personalidad o personalidad antisocial" (50).

El problema de las personalidades psicopáticas o antisociales, es uno de los más discutidos no sólo en el área jurídico-penal, sino también en el ámbito de la propia disciplina psiquiátrica, en donde no se define claramente que se entiende por tales, pues todavía hay grandes dudas al respecto.

El Dr. Patiño Rojas, en un claro análisis, sintetiza clínicamente los rasgos de las personalidades psicopáticas en las siguientes características: inmadurez de la personalidad en su mayor gravedad patológica, funciones intelectuales dentro de los niveles normales, incapacidad total para adaptar su comportamiento a las normas culturales del grupo, conducta sistemática antisocial y parasocial, incapacidad de regir su comportamiento por pautas morales, incapacidad de asimilar experiencias que orienten la trayectoria vital, conducta anormal desde la infancia, tendencia a la satisfacción inmediata de sus apetencias o caprichos, poco o ningún sentimiento de culpa, exclusión de oligofrénicos, neuróticos o otros padecimientos neurológicos evidenciales, incapacidad de afectos profundos y duraderos, mitomanía y mundo fantástico del psicopático.

Clínicamente se advierte, pues, que los sujetos con este tipo de trastornos presentan una alteración en su actitud y comportamiento, afectándose en general diferentes aspectos de su personalidad, fundamentalmente

la afectividad, el control de impulsos, las formas de percibir la realidad, de pensar y la manera de relacionarse con los demás.

Tradicionalmente se ha considerado, partiendo de un concepto "intelectualista" de la enfermedad mental y de la identificación de la inimputabilidad con ésta, que el psicópata es imputable, dado que éste no se caracteriza por un defecto en sus facultades intelectivas, sino por deficiencias en su afectividad y carácter. Sin embargo, los adelantos experimentados por la psiquiatría en la materia han hecho posible que en el ámbito jurídico-penal tienda a admitirse la inimputabilidad del psicopático en determinados casos, especialmente los calificados por los psiquiatras forenses de "graves".

B) Trastorno Mental Transitorio.

El trastorno mental, además de permanente, puede ser transitorio, diferenciándose éste de aquel más por la brevedad de su duración que por su intensidad.

La importancia de la distinción no reside tanto en la inimputabilidad, pues ambos además de producir los efectos "psicológicos" que exigen las leyes penales traen consigo la incapacidad de culpabilidad, sino en las medidas aplicables en uno u otro caso.

El trastorno mental transitorio derivado de las perturbaciones de la conciencia engloba tanto a las de base mórbida o patológica, como a las de génesis psicológica o fisiológica, cuya casuística, por su variedad, es punto menos que imposible abarcarla en el punto de este trabajo.

Pero, Zaffaroni al referirse al tema de la conciencia sienta la regla siguiente: "cuando haya una perturbación de la conciencia que impida la comprensión de la antijuridicidad de la conducta o la adecuación de la misma al derecho, habrá inimputabilidad; toda vez que la conciencia esté anulada, habrá incapacidad de conducta o involuntabilidad (51).

Langelüddeke enumera como ejemplos de las perturbaciones normales de la consciencia al agotamiento, el sueño, los estados

letárgicos, el sonambulismo, los estados del hipnotismo y las emociones, y como anormales, los delirios febriles, los estados anormales de las gestantes, los estados crepusculares y la embriaguez.

De entre ellos, la doctrina dominante afirma que el agotamiento, el sueño normal y los estados letárgicos constituyen evidentes casos de ausencia de acto, mientras que el sonambulismo y los estados de hipnotismo, incluyendo la embriaguez del sueño, el estado crepuscular hipnótico y a la sugestión posthipnótica, los considera como "dudosos".

Otra posible fuente de inimputabilidad por trastorno mental transitorio la constituyen los estados emotivos violentos o agudos y ciertos grados del miedo. La característica común de este grupo, como de muchos otros, reside en que las soluciones jurídico-penales dependen del grado que alcance la perturbación de la conciencia. Si la tensión emotiva alcanza niveles de explosividad capaces de comprometer seriamente la posibilidad de inhibición y aún de actuación consciente, estaremos en presencia de una situación de inimputabilidad o de inimputabilidad disminuida, e incluso de ausencia de acto, como en el caso del sujeto que se halla aterrorizado o aterrado.

3.3 TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES EN CASO DE INTERNAMIENTO O EN LIBERTAD.

En relación a este tema, los autores Garrido y Ceniceros opinan que: "en suma, conforme al Código vigente, la responsabilidad de los sujetos que delinquen cuyo estado mental es anormal en forma permanente, se aprecia desde el punto de vista social, por su peligrosidad, pero a ellos no debe aplicárseles una pena sino una medida de seguridad, al término del proceso, recluyéndolos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos con aprobación del facultativo, a un régimen de trabajo" (52).

Posteriormente confirmaron su primera opinión al decir, que: "esta medida está apartada del sentido punitivo y si se aplica al término de un proceso, se debe a que conforme a nuestra Constitución (artículo 19), nadie puede

ser privado de su libertad sin llenar determinados requisitos" (53).

Carrancá y Trujillo estimó respecto a este problema que dado el dogmatismo clásico de la Constitución, la reclusión, que no es sino una privación de la libertad, sólo podrá ser aplicada como consecuencia de un auto de formal prisión o de la sentencia judicial consecutiva a un proceso, pero tratándose de un enajenado mental, el proceso penal será imposible por carecerse de sujeto capaz del ejercicio válido de las garantías del procedimiento que la Constitución establece en su artículo 20.

La consecuencia impuesta por el sistema constitucional no será otra, en estricta lógica jurídica, que declarar al enajenado mental penalmente inimputable e inculpable; lo que sería tanto como desconocer el peligro social que el propio enajenado representa. Agregando que: otro problema lo constituye el procedimiento mismo a seguir tratándose de enajenados mentales.

Si por proceso entendamos nosotros que no ha querido decirse la total secuela del juicio ordinario penal; cosa que sería imposible de soportar para un enajenado mental, pues tal proceso podría durar sólo para su instrucción hasta un año, lo que resultaría injustificado.

Ahora bien, nuestro Código de Procedimientos Penales en el Estado, establece al respecto, en su artículo 483 que: "para resolver sobre la inimputabilidad de un inculpado, el tribunal, si lo creyere conveniente, o a petición de parte, antes de que dicte sentencia irrevocable, designará peritos que lo examinen" (54).

Esta disposición supone la tramitación de un proceso normal como requisito previo a dictarse resolución, lo que como ya anotamos nos parece innecesario; así, proponemos el establecimiento de un proceso especial, que deba iniciarse desde el momento de la aparición del hecho delictuoso que motiva el juicio, en el que deban intervenir como partes, el Ministerio Público, la defensa y el juez que resuelva sobre la medida curativa.

Este procedimiento especial parte de la vista al agente del Ministerio Público, defensor y de las peritaciones relativas al estado mental o

psíquico del reo; desahogada la vista, el juez debe resolver en su caso, la aplicación de la medida. Contra la resolución caben los recursos legales.

Con respecto a la duración de la medida curativa, el Código Penal vigente en la entidad, no señala un término; por lo que se propone adicionar la referida ley para especificar que: si se tratara de internamiento, el inimputable deberá ser recluido en la institución correspondiente para su internamiento (esto supone que en nuestro Estado se pudiera contar con la infraestructura adecuada en donde tuvieran cabida los enfermos mentales para su correcto tratamiento), durante el tiempo necesario para su curación, el que no deberá rebasar el máximo de la pena aplicable al delito de que se trate.

Si se tratara de una grave perturbación de la conciencia sin base patológica, solamente se aplicará tratamiento, en internamiento o en libertad, si el sujeto lo requiere, en caso contrario, se le dejará en absoluta libertad.

Para la imposición de estas medidas se requiere que la conducta del sujeto inimputable no se encuentre justificada.

Deberá también concederse facultades a la autoridad ejecutora para resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, y considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

Respecto a la extinción de las medidas de tratamiento para inimputables, éstas se extinguirán si se acredita que las condiciones personales del sujeto no corresponden ya a las que dieron origen a su imposición.

3.4 MIEDO GRAVE.

Que el miedo forma parte de la propia e íntima naturaleza del ser humano, es una verdad absoluta; pero, partiendo de este supuesto, es menester que se precisen su origen, sus motivaciones, efectos,

grados, etc., para justificar el hecho de que la ley reconozca que ciertos actos realizados bajo el influjo del miedo no son constitutivos de delito, a pesar de ser lesivos para intereses jurídicamente protegidos.

Miedo, nos dice Escriche, es la "perturbación del ánimo, originada de la aprensión de algún peligro o riesgo que nos amenaza o que nos recelamos" (55). En esta definición, que pudiera considerarse clásica en nuestra tradición jurídica por la forma en que el autor expresa los conceptos esenciales, aparecen claramente establecidos los elementos sustanciales del miedo, es decir, la *perturbación* anímica y la facultad humana de *anticiparse a los acontecimientos*.

La perturbación o alteración anímica presupone en el ser que la padece la existencia de un sistema nervioso y, además la de un factor externo estimulante que actúa sobre el propio sistema; significando ello que únicamente podrá haber miedo cuando ciertos estímulos, actuando sobre el sistema nervioso, produzcan la reacción consecuente. El estímulo que puede ser considerado de un origen cualquiera (oscuridad, ruido súbito, animal, objetivo, etc.), actúa sobre el individuo, al percatarse o percibir éste su existencia y asociarlo a una posible acción dañina, desencadenando en el organismo humano una serie de reacciones fisicoquímicas que alteran las funciones normales al modificar esencialmente el metabolismo.

En los llamados estados emotivos, específicamente en "la emoción-choque, que comprende al miedo, el fenómeno de las alteraciones o perturbaciones en el comportamiento aparecen como un proceso instantáneo de efectos inmediatos, en el que "perdemos nuestro discernimiento", en forma absolutamente imprevisible e incontrolable" (55).

Se dice que el miedo, como emoción compleja que es, se halla integrado por la combinación de cuatro procesos perfectamente definidos:

- 1.- Una tendencia a la irreversibilidad de ciertas reacciones producidas por cambios inusitados de la estimulación celular (por ejemplo, las precipitaciones coloidales) que originan en el organismo una invalidez parcial o temporal; es decir, una disminución de las actividades vitales (raíz bioquímica).

2.- Aparecen las inhibiciones o intercepciones del paso de los impulsos, que deja sin estímulo a los centros nerviosos superiores (corticales) y del que resulta una reducción del ser humano a un mero punto psíquico, sin voluntad ni iniciativa personal, debido justamente a esa falta de estímulos.

3.- El miedo como emoción-choque, tiene tres formas de presentación:

a) El miedo llamado instintivo ú orgánico, que se manifiesta por la retracción o debilitación del metabolismo vital, bajo la acción directa e inmediata de un influjo dañino. Estas manifestaciones son idénticas en todos los seres humanos y dan lugar a la cesación o suspensión de las actividades en curso y la adopción de la postura más adecuada para minimizar el daño posible. Este se dice, es el llamado *miedo sentido* más que *miedo pensado* y en él el sujeto se percató a posteriori de haberlo sentido.

b) En segundo término se menciona el llamado *miedo racional sensato*, que tiene como diferencia sustancial con el precedente el hecho de experimentarse a priori, es decir, se trata de un miedo condicionado por la experiencia y acompañado por la razón. Presentando un ejemplo quedará más claro el carácter condicionado y lógico del miedo bajo esta segunda forma de presentación: "si nos preguntan que sentiríamos ante la presencia de un tigre, si estuviéramos solos e inermes, no hay duda que la respuesta sería unánime, porque el miedo en tal situación resulta racional (lógico, comprensible, sensato)" (56).

c) En tercer término es de mencionarse la forma del miedo que se denomina "*miedo imaginativo*" insensato, que también se conoce con los nombres de "miedo absurdo, fobia, miedo de presunción o magicoinstinto". Esta forma del miedo tiene como característica esencial que el objeto que condiciona la reacción meticulosa "nunca ha sido causa de miedo orgánico en el sujeto y solamente se encuentra ligado a un verdadero estímulo fóbigeno a través de una cadena de asociaciones, mas o menos larga y distorsionada" (57).

Se ha llegado a la conclusión de que el miedo tiene diferentes grados o niveles que son de máxima importancia, porque de ellos dependerá la interpretación que se dé a determinada forma de conducta. Es

indudable que la persona que se encuentra bajo el influjo del miedo es capaz de realizar una serie de comportamientos que estarán siempre regidos por la influencia del miedo; sin embargo, cuando por una reacción del miedo se manifiesta una conducta de la que resulta lesión a un bien jurídico protegido, no siempre queda excluida la imputabilidad del sujeto actuante. Este fenómeno jurídico únicamente surge cuando el miedo ha sido de tal intensidad que provoca en el hombre la pérdida de las facultades necesarias para la comprensión de la antijuridicidad de su conducta y de aquéllas que son indispensables para la autodeterminación.

Según estas condiciones, se ha establecido una graduación del miedo en seis niveles, según el efecto que causa: prudencia, cautela, alarma, angustia, pánico y terror.

Debe destacarse que esta graduación es teórica, puesto que en los casos particulares una separación drástica es difícil porque estos niveles aparecen en forma simultánea. Lo determinante para la ubicación de la reacción en alguno de estos planos es siempre la motivación y la forma en que se manifiesta la reacción metódica.

Las conductas que se realizan en cualquiera de los primeros tres niveles (prudencia, cautela-alarma) corresponden a una manifestación real de la personalidad del sujeto actuante; quiere decirse que en estos casos hay conducta con todos los alcances que la psicología le confiere y, además, que hay imputabilidad, puesto que el individuo se encuentra en pleno uso de sus facultades intelectivas superiores, aún cuando se halle bajo el influjo del miedo.

Por el contrario, los tres últimos niveles que se han mencionado (angustia-pánico-terror) son capaces para influir en forma tan poderosa la psique y el organismo humanos que, aquellas conductas que se realicen durante su vigencia, no corresponden en pureza a la personalidad del sujeto.

Sino que, afectado el organismo en sus funciones metabólicas en razón del estímulo metódico, se produce un desequilibrio neurovegetativo que trae como consecuencia la pérdida de las facultades necesarias para la cabal comprensión de la naturaleza de los actos y para una autodeterminación conforme a un valoración que se ajuste a la realidad.

Ignacio Villalobos al respecto dice: "para que el miedo tenga eficacia como causa de inexistencia del delito, es necesario que el efecto que produce en el hombre que lo padece, sea de tal naturaleza que afecte las facultades intelectivas superiores que son indispensables para la comprensión de lo antijurídico del acto y para la autodeterminación acorde con una valoración normal. Únicamente podrá hablarse de miedo, para efectos de la inimputabilidad, cuando la emoción sea profunda, es decir, que corresponda a cualquiera de los tres niveles mencionados; esta profundidad de la emoción es lo que nuestro sistema positivo califica de grave" (58).

Ahora bien, esto es uno de los problemas más arduos, en relación con el miedo grave, a no dudarlo, lo es el de su comprobación.

Efectivamente, en el caso del miedo grave es necesario comprobar una emoción que, por su propia naturaleza ocurre dentro de la subjetividad del hombre; y no solamente esto, sino que es menester también comprobar la intensidad de la emoción para poder llegar al calificativo de grave que la ley requiere y, además, comprobarse la contemporaneidad entre la emoción sufrida y el resultado causado. Como es de verse, esta comprobación es sumamente difícil, tanto por los elementos subjetivos que intervienen como porque los estudios que sirven como prueba se deben realizar a posteriori, es decir, cuando la emoción que produce el miedo grave ha dejado de ejercer su influjo sobre el ánimo del sujeto.

Esto quiere decir, que para la comprobación del miedo grave el órgano jurisdiccional debe acudir a la opinión de peritos especializados, que para el caso deben ser médicos psiquiatras, por ser los más capacitados para opinar acerca de la existencia o inexistencia de la emoción y de la intensidad de la misma.

Los médicos psiquiatras serán quienes opinarán, tratándose del miedo grave, si la emoción sufrida fue de tal intensidad que en el sujeto quedaron abolidas o alteradas profundamente las facultades intelectivas superiores necesarias para la comprensión de lo antijurídico de la conducta realizada y para la autodeterminación conforme a una valoración normal, hecho lo cual el órgano jurisdiccional decretará la inimputabilidad.

3.5 LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es en la estructura del delito el elemento negativo o la negación pura de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y de querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

Son especiales situaciones que concurren en la ejecución del hecho realizado por quien siendo imputable, no se le puede reprochar su conducta, como por ejemplo el caso fortuito, la violencia moral, la no exigibilidad de otra conducta y la ignorancia o el error.

En las causas de exclusión de la culpabilidad, al igual que en las de inimputabilidad, la antijuridicidad permanece incólume, lo que permite la exacción de responsabilidad civil.

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

Toda excluyente de responsabilidad lo es, porque elimina uno de los elementos del delito; asimismo habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

Quien realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no se puede resistir, no será culpable.

Se ha dicho que la inculpabilidad operará en favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo que para que sea culpable un sujeto deben concurrir en la conducta, el conocimiento en la voluntad de realizarla o la cognosibilidad de lo ilícito del hecho.

Para algunos autores, la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de *error* y la *no exigibilidad de otra conducta*; sin embargo, algunos otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Asimismo, se han dado definiciones sobre las causas de inculpabilidad, dentro de las más destacadas encontramos la de Mayer, quien las llama "causas de inculpabilidad o causas de exculpación".

"Las causas de exculpación excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se ha considerado importante diferenciar a éstas con las causas de inimputabilidad, señalando que en éstas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones, ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta porque es resultado de un error o por no poder exigírsele otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve" (59).

La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de éstos. Si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de la concurrencia de sus cuatro elementos, primero, que se efectúe una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecue la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto sea antijurídico y por último, este mismo sea culpable.

La inculpabilidad consiste en la falta de nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

En la concepción psicológica la inculpabilidad resulta de causas específicas que afectan al hecho psicológico, tales son el error, la ignorancia, y la coacción.

En cuanto a la concepción normativa, la inculpabilidad resulta del reverso de la exigibilidad, que funda la reprochabilidad, o sea del principio general de la no exigibilidad de otra conducta, apto para funcionar supralegalmente, y del cual las causas específicas de inculpabilidad serían simples

ejemplos.

El artículo 44 del Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato, establece que: "no obra con dolo, quien al realizar el hecho legalmente descrito, incurre en error respecto de algún elemento de tal descripción.

Si el error se debe a culpa, se sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de realización.

Las mismas reglas se aplicarán a quien suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado" (60).

Así pues, hay inculpabilidad según nuestro Ordenamiento Penal, cuando existe error en cuanto a la naturaleza del acto cometido, o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y típico. La libre manifestación de un sujeto, realizando un acto antijurídico, con pleno conocimiento de su naturaleza determina la presencia del contraste subjetivo con la norma implícita en el tipo y ello trae como efecto necesario la reprochabilidad, ya que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo.

Es decir, el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y manifiesta una actitud psíquica contraria al deber, cuando estos elementos no se dan, surge entonces la inculpabilidad.

Cuando se presenta la inculpabilidad por coacción, ésta deberá producir en el sujeto un temor o un miedo que no traiga como consecuencia la perturbación grave de la conciencia, de suerte que únicamente deberá presentarse como un constreñimiento de la voluntad; que no debe verse anulada, ya que si así fuera estaríamos ante un caso de vis absoluta, y no de inculpabilidad.

La coacción debe ser invencible, ya que de otra manera, la conducta sería reprochable, a título de culpa. El derecho y el legislador han considerado axiológicamente inculpable la conducta del que en tales circunstancias opta por el mal ajeno en lugar del propio, siempre y cuando la comparación de los

bienes y la seriedad de la amenaza conlleven a la conclusión de que obrar de otra manera equivaldría a realizar conductas heroicas que de ninguna manera son exigidas por la ley.

La violencia moral o coacción representa, pues la colisión que un mal grave e inminente ejerce sobre el espíritu humano violentando sus determinaciones y haciendo que los actos se realicen con extrema disminución de la posibilidad de elección entre el mal de cometer un delito y el propio mal que lo amenaza.

La excluyente consiste en obrar en virtud de miedo grave o temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Lo fundado e irresistible del temor son valores que habrán de ser justipreciados por el juez, tomando en cuenta el carácter más o menos intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado.

Es requisito para que opere la excluyente que el mal que amenaza sea mayor o, al menos, igual que el causado para evitarlo; aunque la valoración de ambos no se exige con criterio riguroso, basta que el agente obre creyendo de buena fe en la mayor gravedad del mal que amenaza y además, que no pueda ser evitado de otro modo más practicable y menos perjudicial.

Algunos autores pretenden que en quienes desempeñen ciertas funciones (guardianes nocturnos, militares, etc), el grado de miedo o el temor ante una amenaza, deberán soportarlo a niveles muy diversos de los correspondientes al común de las gentes.

La excluyente de miedo grave está integrada por los siguientes elementos:

a) que con anterioridad al acto culminante de la defensa que provoca el miedo haya habido de parte de la contraria una amenaza grave,

inminente y determinada, a la vida o los bienes;

b) que en el momento de producirse la colisión o el encuentro del amenazante y del amenazado, aquél, por su actitud o vías de hecho, haya hecho creer al segundo, fundadamente, que iba a ejecutar la amenaza, poniendo en peligro su vida, y

c) que en el momento preciso de la agresión que se temía, el amenazado repeliera esa agresión.

De no aceptarse la concurrencia de esos elementos como excluyente de miedo grave se incurrirá forzosamente en el absurdo de admitir que todo individuo amenazado, según su propio criterio y con fundamento en amenazas vagas e indeterminadas, con solo la presencia del amenazante tomara la iniciativa de agredirlo.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (41) Carmona Castillo, Gerardo A. *"La imputabilidad penal"*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995. pág. 16
- (42) Altavilla, Enrico. *"Sicología judicial"*. Vol I. Trad. Simón Carrejo y Jorge Guerrero. 4a. Ed. Temis, Depalma. Bogotá. 1973. pág. 233
- (43) Ib. pág. 241
- (44) Ib. pág. 247
- (45) Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez, Cuahutemoc. *"Código penal comentado del Estado de Guanajuato"*. 3a. Ed. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. Irapuato, Méx. pág. 182
- (46) Carmona Castillo, Gerardo. Op. cit. pág. 33
- (47) Altavilla, Enrico. Op. cit. pág. 256
- (48) López Betancourt, Eduardo. *"Imputabilidad y culpabilidad"*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1995. pág. 3
- (49) Ídem.
- (50) Altavilla, Enrico. Op. cit. pág. 259
- (51) Zaffaroni, Eugenio Raúl. *"Tratado de derecho penal"*. Parte General Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana, México. 1988. pág. 255
- (52) Herrera Ortiz, Margarita. *"Protección constitucional de los delincuentes juveniles"*. Humanitas. México. 1987. pág. 63
- (53) Ib. pág. 65
- (54) *"Código penal para el Estado de Guanajuato"*. Op. cit. pág. 167
- (55) Cit. por Villalobos, Ignacio. Op. cit. pág. 431
- (56) Ib. pág. 434
- (57) Ídem.
- (58) Ib. pág. 441
- (59) Argibay Molina, José F. Op. cit. pág. 301
- (60) *"Código penal para el Estado de Guanajuato"*. Op. cit. pág. 25

**CAPITULO
IV
PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL**

CONTENIDO: 1. Concepto y planteamiento de la prevención. 2. Prevención próxima y remota. 3. La delincuencia juvenil. 4. Instituciones educativas y tipos de instituciones.

4.1 CONCEPTO Y PLANTEAMIENTO DE LA PREVENCIÓN.

No trato en este punto de mi tesis de dar una solución general al problema de la delincuencia, que no tiene ni causas únicas ni soluciones únicas, sino de exponer una serie de ideas que pueden ser de particular utilidad en nuestro Estado, en el que la prevención y el tratamiento aún se confunden, y las instituciones encargadas de ello no se encuentran debidamente definidas puesto que generalmente tienen ambas funciones.

Las Naciones Unidas han enfocado el problema a partir de las ideas surgidas en el VI Congreso Internacional llamado "Justicia de menores antes del comienzo de la vida delictiva" a modo de diferenciarla de la justicia postdelictiva.

El concepto del bien "justicia" casi nunca presenta connotaciones jurídicas, se trata más bien de una noción de justicia de orden social y ético.

El criterio filosófico básico es que "la justicia de menores antes del comienzo de la vida delictiva refleja la intención de proporcionar justicia social a niños y jóvenes con miras a promover y salvaguardar su bienestar" (61). A estos efectos, el sistema de justicia social para niños y jóvenes protegerá sus derechos, incluidos los necesarios para su supervivencia y aquellos que les reconozcan la legislación, la autoridad y la costumbre social, y protegerá a los niños y jóvenes cuando no se respeten esos derechos y cuando intervenga el sistema judicial.

“Se convino en general en que la justicia de menores en el sentido de justicia social para el niño y su familia era un objetivo prioritario que debía procurarse como bien en sí y por la pertinencia de la justicia social a la prevención del delito” (62).

Antes de pretender planificar la solución del problema, debe hacerse un profundo estudio de la situación económica y política de la Nación. La historia patria nos puede dar valiosa información sobre el desarrollo psicosocial del pueblo. México es una nación con características y culturas propias, por lo que deben buscarse soluciones propias también, evitando el nefasto vicio de la imitación.

No debemos olvidar que la delincuencia juvenil es un fenómeno universal, que va más allá de las causas locales, distinguiéndose, entre otras, las causas generales: la revolución tecnológica, la explosión demográfica, la abundancia y facilidad en la utilización de medios de comunicación, la inestabilidad y la continua transformación geopolítica, etc.

El problema de la criminalidad infanto-juvenil comprende conductas muy diversas, que van desde el comportamiento social agresivo hasta las inhibiciones que predisponen al menor a ser víctima, pasando desde luego por comportamientos delictivos colectivos e incontrolables; de ahí la necesidad de distinguirlas y clasificarlas, restringiendo el término “delincuente juvenil” al joven transgresor de la ley penal, y plantear con gran claridad el concepto de “peligrosidad.”

Por otra parte, planificar en política criminológica es “la preparación racional de los objetivos y de los medios necesarios para llevar a cabo una política criminal de justicia, socialmente eficaz y justa” (63). Y la prevención, por tanto no puede hacerse empíricamente, aunque es común en todo el mundo que los programas de prevención sean inorgánicos y que las técnicas más modernas se encuentren parcial y escasamente desarrolladas; es necesario principiar por planificar la prevención, y posteriormente hacer una evaluación de los programas preventivos, sus métodos y finalidades.

En México, así como en la mayoría de los países de

Latinoamérica, no hay un plan definido de prevención ; la actividad en lo general, es puramente represiva, ya que se espera a que el individuo cometa un delito para castigarlo, es decir, que se ataca el hecho delictuoso, o las causas que lo producen, o los factores que lo favorecen, aunque es de justicia reconocer los adelantos en lo referente a preparación de personal y construcción de modernas instalaciones, principio indispensable para cualquier intento en materia de prevención.

Se debe -a mi juicio- crear una política criminológica capaz de alcanzar sus objetivos, por lo cual es necesario seguir las premisas que enseguida apuntaré:

a) Se debe formar al personal adecuado con criterios de prioridad de urgencia de diversas especialidades.

b) Es necesario producir y forjar los instrumentos materiales, laborales y legislativos, necesarios para la misma.

Ahora bien, dentro del desarrollo del plan, es necesario realizar una jerarquización en los objetivos, es decir:

-Se enmarcarán los objetivos finales.

-Se establecerá el orden de importancia, atendiendo al momento y a las circunstancias de la sociedad actual.

El plan debe contener un criterio inversionista y calculador para emplear sus recursos humanos, materiales, técnicos, etc., a medios ambientes seleccionados previamente según su capacidad de asimilación, ya que el porcentaje de rechazo al plan evalúa su éxito o fracaso

La política criminológica debe contener:

a) Una organización consolidada.

b) Una estrategia que regule el plan.

c) Una táctica que permita la realización de la estrategia en la práctica.

En la segunda etapa de la prevención, se elaborará un *Informe Social*, con arreglo a indicadores idóneos sobre todo teniendo en cuenta la importancia cuantitativa y cualitativa de la marginalidad y marginalización social en nuestro Estado.

Este informe se elaborará con los resultados de todas las investigaciones, mismas que nos darán la evaluación de las necesidades básicas sobre política criminológica y nos permitirán establecer las prioridades. Debe de quedar perfectamente claro que no se pueden confundir los aspectos prioritarios de la política criminal y los de la criminología. *La política criminal, mucho más arte que ciencia, es una sistemática de lo posible en el campo de la lucha contra la criminalidad.*

Si las dos etapas anteriores se han seguido con cuidado y detenimiento, ya estaremos en posibilidades de formular programas de acción específica.

La acción deberá programarse con un calendario y un responsable por área. Cada área de prevención requerirá de un grupo de especialistas debidamente entrenados con anterioridad, según el orden de que se trate. Y el órgano coordinador de todo el plan de desarrollo deberá de realizar algunas actividades como son las de predicción y medición de la criminalidad.

Para que sea posible instrumentar la base de la política criminológica, es necesario sensibilizar a los altos funcionarios, así como a los planificadores, sobre el contenido de éste, sus alcances y objetivos.

“Un requerimiento previo a la reforma de la política criminal es informar y movilizar al público” (64). Para lo anterior, convendría utilizar la prensa, radio, televisión, para sensibilizar a la opinión pública, logrando así su colaboración con los programas establecidos.

Antonio Sánchez Galindo dice: “debemos prevenir, antes que castigar: las sociedades del futuro deberán establecer métodos de prevención y tablas de predicción, de tal suerte eficaces y valiosas que aplicadas a tiempo hagan las prisiones -por humanas y científicas que sean- objetos del pasado” (65).

Por "prevenir" debe entenderse preveer, conocer de antemano un daño o perjuicio, así como preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin.

En materia criminológica, prevenir es el conocer con anticipación la probabilidad de una conducta criminal, disponiendo los medios necesarios para evitarla. *Prevenir* dice el profesor Ceccaldi es "la política de conjunto que tiende a suprimir o al menos a reducir los factores de delincuencia o inadaptación social" (66).

Luego entonces, prevenir siempre será mejor -quizás mucho mejor- que el reprimir.

4.2 PREVENCIÓN PRÓXIMA Y REMOTA.

Si hablamos de la prevención de la delincuencia juvenil, aludimos forzosamente a toda una estrategia, a desplegar en relación con los distintos factores que pueden operar u operan sobre los niños y adolescentes expuestos, y su punto neurálgico se sitúa en el medio familiar, precisamente por tratarse del entorno primario cuya normal constitución y armónico desenvolvimiento reportan la riqueza espiritual indispensable para su encauzamiento.

Como toda estrategia, la prevención de la delincuencia juvenil abarca una pluralidad de acciones que, por su alcance, permiten discriminar dos grandes niveles, a saber: prevención remota y prevención próxima.

La prevención remota está dirigida al origen mismo del problema y requiere una concertación de esfuerzos a través de la planificación. Se hace indispensable que a determinado nivel de la comunidad el problema deje de ser tal -en cuanto realidad que apremia y que llama a paliativos inmediatos- para convertirse en un desafío, y que sea asumido por inteligencias esclarecidas que penetren en su misma intimidad para proyectar vías de solución en el tiempo.

La prevención remota surge como un imperativo para el

Estado de Derecho, al que corresponde una acción política de protección a la minoridad que prevé las distintas situaciones posibles de irregularidad, una de las cuales la constituye la delincuencia. Debe evitar o remover los factores de la criminalidad, en especial el primario que opera en el ámbito familiar, con la apoyatura de las ciencias humanas a fin de crear condiciones para la crianza de la prole y su integración a la comunidad.

Es indudable que la crisis familiar, que lleva a su cada vez más extendida disolución, se inserta en un contexto de mayor amplitud cual es la decadencia moral que azota el tiempo presente. El divorcio, la contracepción, el aborto, la pretendida liberación de la mujer y otros atentados contra el orden natural, componen algunos de los elementos de esa decadencia que se cobra duro precio en la institución familiar.

Es preocupación de los tratadistas hacer una prevención general, que principia desde la higiene prenatal, la eugenesia, la educación prematrimonial, continúa por la educación familiar, la necesidad de educar y adaptar a los padres, de reafirmar los valores familiares, de solidificar el hogar, de lograr la cooperación de los padres, de la disciplina paterna y la vigilancia materna, de fomentar las sociedades de padres de familia, de los clubes familiares, de coordinar las asociaciones que en alguna forma puedan cooperar a la solución del problema.

La escuela, por su parte, toma un lugar preponderante en la prevención; la escuela debe transformarse en centro de servicio social. Asimismo, debe acercarse al hogar y trabajar en estrecha cooperación. Debe, además fomentarse las actividades extraescolares, principalmente en períodos de vacaciones. En cuestión de la educación debe apoyarse y orientarse a las organizaciones privadas que pretendan educar débiles sociales o tratar a débiles mentales o psíquicos.

El problema del tiempo libre puede resolverse:

1. Aumentando el "espacio social".
2. Fundando patronatos y organismos mixtos para crear clubes y órganos de educación recreativa.

3. Ayudar y fomentar los clubes juveniles (sociales, deportivos, religiosos, escultistas, etc.)

Deben además coordinarse los programas educativos de la entidad, organismos e instituciones dedicadas en cualquier forma a la educación (ya que la escuela es tan sólo una de las fuentes de la educación), para preparar a los menores, en forma adecuada, al momento actual de su existencia y a las etapas de vida subsecuente.

Todos deben participar en estas actividades; son particularmente valiosas las intervenciones de sociólogos, médicos, psicólogos, educadores y criminólogos.

A la teoría de la prevención general le preocupan la delincuencia urbana con sus características fundamentales de:

1. Mayor complejidad en su organización económica y social.
2. Creciente proceso de mecanización y normalización.
3. Mayor materialismo de la vida, en armonía con la mecanización de los servicios y la normalización de los productos.
4. Establecimiento de relaciones interpersonales, en lugar de las personales, como consecuencia de los caracteres que anteceden.

Adquiere para la prevención, un particular interés la teoría de la Asociación Diferencial de Sutherland, que aunque contenga algunos errores notables, es de importancia para nuestro tema y que se puede resumir de la siguiente manera:

La conducta criminal es producto del aprendizaje. La parte fundamental del aprendizaje ocurre en grupos en los que hay una gran intimidad personal.

La transmisión de la conducta criminal incluye:

- Técnicas de ejecución del delito, simples y complejas.

- Dirección específica en motivaciones, actitudes, racionalizaciones y deseos.

El principio de asociación diferencial consiste en que una persona deviene delincuente en virtud del exceso en el contacto con definiciones favorables a la violación de la ley.

Por otra parte, debe reconocerse que los grupos de jóvenes no son necesariamente nocivos; los grupos deben fomentarse, dirigirse, ayudarse en sentido positivo, por esto, la acción de los líderes es esencial. Nosotros proponemos una "escuela de dirigentes", donde deben mandarse a todos aquellos menores que en la escuela, el trabajo, en el club, etc., hayan demostrado dotes de mando. Estos jóvenes serían los mejores aliados en la lucha contra la delincuencia, y cuando sean mayores pueden cubrir la carencia de verdaderos líderes.

De nada sirve todo lo que se haga en materia de prevención sin la cooperación de los mismos menores, ellos son nuestra mejor arma. Además, sería injusto hacer planes y campañas sin su directa ayuda, cooperación y consejo. A veces se olvida que se trata de seres humanos a los que hay que tratar con dignidad, y no de ganado al que se va a dirigir de un lugar a otro. Si nos preguntarían a quien llamaríamos primero para planear la campaña de prevención, optaríamos por llamar a los jóvenes, y pedirles consejo y escucharlos y cooperar con ellos.

La prevención próxima "está dirigida al individuo carenciado en la menor edad, y al que hay que asistir antes de que adquiera actitudes y hábitos antisociales, o antes de que esas actitudes y hábitos lo arrojen en el mundo de la delincuencia. Se trata de un labor profesional encaminada a detectar los distintos casos en que se exterioriza el peligro, y a allegar el apoyo y la orientación preventivos" (67).

La acción preventiva debe llevarse más allá del hogar, se hace indispensable aplicarla tanto a los establecimientos escolares para detectar tempranamente las carencias familiares y las actitudes de disconformidad social que pueden disponer a la delincuencia, como en el ambiente laboral del sujeto que siendo menor de edad, ya afronta ese compromiso.

En el primer Congreso Americano del niño, se ha recomendado "que todos los niños que ingresan a las escuelas primarias oficiales y particulares, sean examinados y clasificados de acuerdo con sus estructuras físicas, psíquicas y morales; y que para los anómalos del carácter se adopten todas aquellas medidas que la pedagogía correctiva aconseja" (68). Equipos interdisciplinarios deben intervenir en el examen y clasificación de los niños que ingresan en las escuelas primarias, sin perjuicio de extender el control a otros niveles educativos de la minoridad.

La prevención tiene una mayor importancia en los niños deficientes físicos o mentales.

Para lograr la prevención próxima, es necesario enfocar el problema de la prognosis. "Prognosis" es el conocimiento anticipado de algún suceso. Llamada también predicción de delincuencia, es un diagnóstico precoz que permite la aplicación de medidas preventivas.

Sin prognosis es casi imposible hacer prevención o aplicar el tratamiento adecuado. Varios métodos de la prognosis se han intentado entre ellos el de "follow-up study", "el comparativo", entre delincuentes y no delincuentes; "el experimental", consistente en variar ciertas condiciones de vida de grupos determinados, "el clínico psiquiátrico" basado en la observación personal del médico.

El método psiquiátrico no ha funcionado: el 40% de los delincuentes que, según los médicos no reincidieron, si lo hicieron, y el 27% de los que deberían reincidir, no lo hicieron. El método más conocido y que ha obtenido los resultados más alentadores, con exactitud en un 84.8% de los casos en que se predijo la delincuencia, y con un 97.1% de aciertos en aquellos que se predijo la no delincuencia, es el de los esposos Sheldon y Eleanor Glueck.

Los Glueck hicieron su investigación comparando 500 delincuentes juveniles con 500 no delincuentes, similares en todos aspectos, teniendo en cuenta más de 400 datos para cada uno, desde todos los puntos de vista (biopsicosocial). Las diferencias entre los criminales y los no criminales fueron notables; así el "retrato hablado" del futuro criminal o muy probable reincidente

sería:

1.- Socialmente: inestable, con serios problemas familiares, familia mal integrada o desintegrada, padres autoritarios, estrictos y hostiles.

2.- Psicológicamente: con inteligencia directa y concreta, poca capacidad para resolver problemas abstractos, onicofagia y enuresis.

3.- Actitudes: hostiles, refractarios a la autoridad, testarudos, individualistas (con tendencia a reunirse con otros delincuentes), egoístas, temerarios.

4.- Temperalmente: impulsivos, extrovertidos, agresivos, destructores y crueles.

5.- Físicamente: usando la técnica de Sheldon, el 60% resultan mesomorfos, y el 14% ectomorfos (frente al 30% y 40% en no delincuentes, respectivamente), se encuentran además, zurdería y tics.

Partiendo de estos rasgos, mucho más comunes en los delincuentes que en los no delincuentes, los Glueck hacen sus célebres tablas de predicción, por medio de las cuales se puede saber cuál es la probabilidad de reincidencia de un menor.

Cierto o no, según lo crea el lector, el método apuntado es válido, eficaz y eficiente, solo que en nuestro país y en nuestro Estado no somos muy dados ha este tipo de mediciones y quizás predicciones que bien pueden ser un arma de combate frente a la creciente delincuencia infanto-juvenil.

4.3 LA DELINCUENCIA JUVENIL.

La delincuecia juvenil es en todos aspectos socialmente más peligrosa. En ella encontramos ya toda la gama de la criminalidad, desde el

pequeño robo hasta el homicidio agravado. Se tiene ya la fuerza para los delitos contra las personas (lesiones, homicidios), la capacidad para los delitos sexuales (violación, estupro). Como el adolescente es muy influenciado, su deseo y su preferencia lo llevan a actividades extrañas y antisociales.

Mientras que en otras épocas estas actitudes no se daban, pues las fuerzas impulsivas del joven estaban reprimidas o eran canalizadas en otra forma, en la época actual de profundas crisis, han explotado, aprovechando, el debilitamiento del núcleo familiar y las facilidades del mundo moderno.

En muchos otros países los adolescentes ganan una proporción del total del ingreso de los adultos, más elevada que con anterioridad. Se han planteado cambios económicos importantes en el grupo juvenil de más edad, el de 15 a 21 años. La urgencia de atraerse comercialmente a ese sector del público tiene necesariamente consecuencias hostiles muy amplias; probablemente la más importante de ellas es el intento de persuadir a los adolescentes de que constituyen un grupo cultural independiente, distinto del grupo infantil o del adulto.

La imitación extralógica se hace cada vez más preocupante, ya que no se detiene tan sólo en las formas de vestir afeminadas y extravagantes, sino que llega a todo género de depravaciones, la droga, el homosexualismo y el crimen.

En nuestro medio, la moda "feminoide" o "unisex" que ha tenido tanto éxito en otros países (curiosamente en aquellos en que la homosexualidad es mayor) no ha prosperado, era de esperarse por la conformación psicológica de nuestro pueblo, entendiéndose las actitudes "machistas".

Lo que sí tuvo éxito fue la violencia, que llegó a un medio propicio. Durante los años de 1956 a 1960 se desató una oleada de violencia juvenil, que llegó a su clímax en 1960, durante los años siguientes disminuyó un poco, para que a partir de 1968 se incrementara de forma alarmante.

El nuevo tipo de violencia juvenil era muy diferente al hasta ahora conocido, en primer lugar por el uso de armas (y no a mano limpia como arreglaban hasta entonces sus asuntos los jóvenes); en segundo lugar, por el

tipo de armas (cadenas, manoplas, cachiporras, etc), que no era ya el cuchillo de la riña común, sino armas más que para lesionar para matar. En tercer lugar, por la causa, que en muchos casos ni siquiera existía, o era totalmente banal: algunos confesaron que era por "puro gusto", otros intervenían en alguna riña en la que no tenían nada que ver.

Otra distinción importante era que se peleaba en ventaja numérica, lo que para el código no escrito del "macho" mexicano es una violación, ya que el ser "montonero" (pelear varios contra uno) es una negación del propio valor y de la hombría. Esta delincuencia se extendió a todas las clases sociales, a todas las partes de la ciudad, aunque limitada al sexo masculino y a los jóvenes.

La reacción de la sociedad no se hizo esperar, logrando el apoyo de la familia, de la escuela y los propios jóvenes, el problema comenzó a declinar y a desviarse hacia una verdadera delincuencia, donde aún persiste.

"Este fenómeno es muy interesante y no debemos perderlo de vista. En un principio, nuestros "rebeldes sin causa", fueron producto de la imitación extralógica de los movimientos similares de otros países, que se conocieron por medio de películas y demás medios de información" (69).

Los jóvenes se unieron en bandas, se uniformaron, se armaron, pelearon con otras bandas, robaron automóviles para pasear, robaban cualquier cosa para comprar bebidas alcohólicas, o las robaban de los supermercados, se emborrachaban y hacían escándalos, todo esto sin ningún provecho, tan sólo como una diversión.

Al ser detenidos y llevados al tribunal, eran puestos en libertad, ya que los respectivos familiares se hacían responsables y pagaban los daños, siendo raro que uno de éstos jóvenes reincidiera.

La verdadera hampa aprovechó esta facilidad, y adoptando las mismas actitudes, vestidos, armas, lenguaje, de los "rebeldes sin causa", se dedicaron a las mismas actividades, pero con un fin utilitario y netamente delictuoso, es decir, robo de automóviles para "venderlos o desmantelarlos" (robar radios o demás accesorios), riñas para monopolizar el campo de acción, golpear a

un transeúnte para robarlo, seducir a una mujer para prostituirla y explotarla, posesión de drogas para traficar con ellas, etc., entre otras cosas.

De aquí la importancia de distinguir la delincuencia juvenil de los "rebeldes", de aquella de los delincuentes habituales o profesionales; los primeros actuarán sin un provecho, y serán más fáciles de combatir y readaptar, pues se trata de jóvenes estudiantes o que tienen cualquier ocupación honesta. Los segundos viven del delito, o tienen una ocupación honesta, tienen abundantes contactos con el hampa, y en las bandas últimamente capturadas se encuentra una buena proporción de adultos; en esta forma de delincuencia encontramos también al delincuente solitario, que es difícil encontrar en los primeros.

Las características más sobresalientes que distinguen a la delincuencia juvenil son:

A.- Objeto delictivo: Objetos antes desconocidos por el Derecho Penal tradicional.

B.- Gravedad: son cada vez más frecuente la comisión de los delitos graves.

C.- Método: La violencia generalmente es efectuada en pandilla.

D.- Delincuencia: Aumenta el número de hijos de familias acomodadas.

E.- Ambiente: Ha dejado de ser un fenómeno individual, para convertirse en un fenómeno colectivo.

F.- Etiología: Hoy ya no se habla de causas, sino más científicamente, de factores criminógenos de la delincuencia juvenil.

La delincuencia juvenil es un grave problema no sólo local o nacional sino internacional. Pero, conceder extrema gravedad al problema no significa negar en la juventud de hoy grandes valores positivos, ni quiere decir que pidamos tratamientos más severos. Para su solución no basta castigar sus malas acciones o resocializar esos hábitos externos, sino que es necesario penetrar mucho más en el interior de los individuos y procurar crear o recrear las conciencias y las vivencias intelectuales y afectivas que den sentido nuevo y alto a toda la vida y todas las personas, con sus luces y sombras.

Su solución no puede encontrarse ni única ni principalmente en las penas y medidas de seguridad del Derecho Penal de adultos, sino en la reestructura teórico-empírica de un Derecho Penal especial, y en la repersonalización de nuestra sociedad despersonalizada.

4.4 INSTITUCIONES EDUCATIVAS Y TIPOS DE INSTITUCIONES.

El fenómeno de la antisocialidad infanto-juvenil ofrece el quehacer preventivo, esto es, el conjunto de acciones formales encaminadas a evitar la ocurrencia de conductas infractoras cometidas por menores de edad, dos distintos momentos para su abordaje.

Un primer momento, que es previo a la aparición del fenómeno, en el que las acciones preventivas están dirigidas a evitar su ocurrencia; otro momento, cuando se dio el hecho antisocial, en el que debe buscarse que la conducta indeseada no se repita.

A cada uno de estos momentos corresponde un modelo propio de la actividad preventiva. Tradicionalmente, el lenguaje técnico ha llamado a la prevención general como a la que actúa a priori, y a la que sucede al surgimiento de la infracción, prevención especial.

Dice el Dr. Sergio López Tirado: "la prevención es a mi juicio y en estricto sentido, la única verdadera prevención, en la medida que se propone que no se produzca el fenómeno de la antisocialidad" (70). Por tanto, esta forma de prevención ha de ser el objetivo fundamental de todo programa de política criminal y la aspiración de cualquier comunidad humana.

Sin embargo, si se considera la suma complejidad de los factores intervinientes en la etiología del fenómeno criminal, se puede comprender que sean igualmente complejas las dificultades que han de superarse para que una sociedad logre reducirlo al menos a límites tolerables y susceptibles de control, siempre que le sea posible.

No parece que estemos hoy por hoy próximos a alcanzar este ideal, particularmente en las actuales circunstancias socioeconómicas y políticas dominantes en nuestra región.

Por ello, es en el orden de la prevención secundaria que se han emprendido los más decididos esfuerzos y ensayado diversas alternativas tendientes a enfrentar el problema de la antisocialidad de menores, como un hecho actual y concreto, que demanda su atención inmediata y práctica.

Entendemos por prevención especial (que es el tratamiento de menores, propiamente dicho), "el conjunto de acciones de carácter técnico dirigidas al menor de edad transgresor de la norma, destinadas a promover su reinsertión social a través de corregir el comportamiento indeseado incidiendo, en lo posible, en las causas de la conducta antisocial" (71).

La hasta ahora inevitable necesidad de disponer la sociedad de establecimientos para el internamiento de menores de edad con comportamiento socialmente peligroso, a efecto de promover su resocialización, obliga al sistema de administración de justicia a disponer de un método racional de tratamiento que sirva a este propósito fundamental de procurar la positiva reintegración social de aquellos menores.

En la medida que se cumpla con esta función, se satisfecerá el objetivo básico de la prevención especial. Así, el ámbito de operatividad de dicha prevención se circunscribe a los establecimientos tutelares y a la población de menores dependientes de éstos, tanto los que se encuentran internados en ellos, como los que están en libertad vigilada.

El tratamiento en el marco familiar puede fortalecerse con el régimen de libertad asistida, el cual goza de trato muy favorable en la literatura especializada y ha sido recomendado por el "Seminario sobre libertad vigilada" realizado en Santiago de Chile, en el mes de abril de 1976.

"La libertad asistida se origina en Boston, en el año 1878, y con el nombre de "probation" tiene en aquella época el de vigilar a quienes se encuentran en período de prueba, tras haberse suspendido la ejecución de la

pena impuesta" (72). De allí que se le conozca en los países de habla hispana como "libertad vigilada", habiendo sido reincorporada como medida reeducativa en Argentina, Brasil, Ecuador, México, Guatemala, Uruguay y Venezuela.

En cuanto medida pedagógica, la libertad asistida hace posible la ayuda al joven que permanece con su familia o que ha sido colocado en un hogar sustituto, para evitar su reincidencia y dar certeza a su recuperación. "Es la medida más adecuada a países en desenvolvimiento (desarrollo), en los que el delincuente joven no dispone de un contorno socio-familiar en quien confiar. El necesita, inicialmente, de ayuda, de asistencia, para promoverse" (73).

Los hogares de semi-libertad proporcionan también un aporte significativo en la acción redentora del joven antisocial. Se trata de grupos de menores no numerosos que viven bajo la tutela de menores preparados, especialmente de un matrimonio con un régimen similar al de una familia. Allí se conciertan el trabajo, el estudio el esparcimiento bajo la dirección adulta, en una auténtica dinámica recreativa de las condiciones hogareñas normales.

Para los refractarios al tratamiento doméstico, hay que prever la existencia de establecimientos de seguridad, no sólo en orden a la defensa social sino también para proteger a aquellos, de sus propios impulsos y brindarles la oportunidad de su recuperación.

La controversia suscitada respecto de la compatibilización entre seguridad y reeducación ha demorado la creación en nuestro país, de buenos centros para el tratamiento correctivo de los niños y adolescentes reacios a la acción que puede desplegarse en la familia o en regímenes de internación abiertos o semi-abiertos.

Como consecuencia de la parálisis que la cuestión ha acarreado en la labor re-educativa, los tribunales han debido recurrir con frecuencia a cárceles y comisarías, con el objeto de segregar a los jóvenes delincuentes de mayor peligrosidad, tendiendo más a la defensa social que a la rehabilitación de los mismos.

Ahora bien, proponemos el rechazo de la concepción del

menor infractor como un enfermo. En su lugar, hemos de ver, en el contexto de su conducta desordenada, la expresión del proceso de socialización al que ha estado sometido el sujeto; su conducta es muestra del tipo y la calidad del entrenamiento social que ha recibido.

En definitiva, el individuo no puede reaccionar a las demandas del medio con patrones de conducta que no ha adquirido y que no están en el repertorio de sus reacciones posibles, dicho de otro modo, la conducta humana es producto de la educación y sus desviaciones sociales son materia de estudio de la ciencia pedagógica, entendida ésta en su más amplia acepción.

Actualmente, en la entidad se encuentran diseminados varios Centros Asistenciales y de orientación para los jóvenes, denominados Centros de Integración Juvenil (CIJ), pero cuyo objetivo general es participar con las comunidades en la prevención, tratamiento y rehabilitación de la farmacodependencia y no específicamente, a atender las conductas de los menores infractores.

Partiendo de estas consideraciones, me parece que es necesario hacer cambios estructurales y funcionales profundos dentro de las instituciones tutelares de tratamiento, cambios basados en el enfoque propuesto que entiende al menor infractor como una consecuencia del fracaso pedagógico y no como un enfermo biopsicológico.

Así, proponemos la creación de lo que llamaremos una "Colectividad Pedagógica" como el más conveniente proyecto de organización institucional para intentar la verdadera readaptación social de los menores de conductas que no se ajustan a una convivencia social.

La experiencia compartida ha de ser una vivencia básica en la vida del menor; dentro de la institución, la instancia pedagógica que no es sólo instrucción académica sino también formación ético social, será la que oriente y defina la vida institucional y el quehacer técnico, de manera total y permanente, quiere esto decir que médicos, trabajadores sociales, maestros, psicólogos, personal administrativo y de seguridad, directivos, etc. actuarán en todo momento en el sentido de propiciar la experiencia socializadora, tanto educativa como

cultural, propósito medular del trabajo rehabilitador, la colectividad será así como un caldo de cultivo en el que el propio menor ensaye y reensaye su proceso de socialización, pero en condiciones más favorables y justas que las que condicionaron su desarrollo anterior.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (61) D^r Antonio Hugo, Daniel. *"Derecho de menores"*. 3a. Ed. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1986. pág. 313
- (62) lb. pág. 315
- (63) González de la Vega, René. *"Política criminológica mexicana"*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1993. pág. 54
- (64) lb. pág. 57
- (65) Sánchez Galindo, Antonio. *"Derecho a la readaptación social"*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1983. pág. 91 ,
- (66) Cit. por Sánchez Galindo, Antonio. Op. cit. pág. 99
- (67) Rodríguez Manzanera, Luis. *"Criminalidad de menores"*. 7a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1982. pág. 156
- (68) lb. pág. 157
- (69) Gibbons, Don C. *"Delincuentes juveniles"*. 4a. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1987. pág. 78
- (70) Cit. por Herrera Ortíz, Margarita. Op. cit. pág. 71
- (71) Ídem.
- (72) D^r Antonio, Hugo. Op. cit. pág. 321
- (73) lb. pág. 337

CAPITULO
V
ETIOLOGÍA CRIMINAL DE LOS INIMPUTABLES

CONTENIDO: 1. Generalidades. 2. Factores del comportamiento infractor. 3. Factor interno: herencia, gestación y psicología. 4. Factor externo: familia, escuela, y trabajo. 5. Los sustitutivos penales.

5.1 GENERALIDADES.

Causa es todo aquello que, indefectiblemente produce un efecto, es decir, que quitando las causas se elimina el efecto. Causa criminógena es aquella que produce un crimen, luego, eliminándola, el crimen tiende a desaparecer.

Al analizar las causas genésicas de cualquier conducta humana, tenemos que incidir en el concepto del Ser, el cual, tomado como unidad bio-psico-social nos da las pautas o influencias que intervienen como generadoras de sus hechos conductuales.

Esta acepción descarta la creencia de una causa única en el comportamiento infractor y muestra la interacción de factores biológicos, psicológicos y sociales, que inciden en la conducta criminal.

Hacer una clara diferencia de las causas de la conducta antisocial de un menor es materialmente imposible, ya que por lo general, nunca encontramos una causa única, suficiente por sí misma para producir el crimen. Así, no podemos culpar a la familia, a las condiciones socioeconómicas, o a los defectos físicos o psíquicos, sino a un conjunto, a una multiplicidad de causas.

Existen varias teorías que tratan de explicar la conducta infractora, unas inclinándose hacia el factor médico-psicológico, en tanto que otras, destacan lo sociológico o económico. Las primeras, son de carácter personal y radican en la individualidad del sujeto, en el que hay que distinguir lo somático y lo psicológico.

Lo *somático* esta integrado por el sistema nervioso endocrino y los factores biológicos, y lo *psicológico* por la vida instintiva, afectiva, intelectual y los procesos psíquicos.

Las teorías sociológicas o económicas, dan particular relevancia al ambiente que rodea al autor del hecho, y su carácter es general, proveniente de las conclusiones obtenidas a través del estudio de una serie de casos individuales, tomados en grupo de muestra de menores infractores y de la comparación de este grupo con otro denominado de control compuesto por menores no infractores.

Sobre la base de conocimientos y experiencias, pasadas y presentes, ni una ni otra teoría sola, ofrecen una explicación satisfactoria de la etiología de la conducta infractora.

En la génesis u origen del comportamiento infractor, se amalgaman una serie de factores en donde, como bien lo define Rodríguez Manzanera: "los diversos factores se entrelazan, se mezclan, se combinan hasta dar ese fatídico resultado, que es la delincuencia" (74).

Encontrar la causa de la criminalidad infanto-juvenil en un solo aspecto es controversial, más bien, debe realizarse un estudio multidisciplinario que encierre varios factores como los apuntados, o sea, el económico, lo social, lo familiar, lo escolar, etc., porque de esa manera vamos a contar con un panorama más amplio del conocimiento del menor.

Ahora bien, pensar que vamos a encontrar soluciones rápidas es una ilusión, al contrario, debemos preocuparnos por mejorar los "ambientes" de desarrollo del niño y de ese modo -creo yo- tenemos mejores expectativas de solución.

El problema de la delincuencia de menores, debe abocarse, bien que se trate de menores hasta 11 o 12 años o, bien que se trate de jóvenes de hasta 16 años, dado que, el problema en ambos casos, tiene un origen distinto. Desde ese punto de vista, a los primeros me refiero como delincuencia de infantes y, a los segundos, delincuentes juveniles.

5.2 FACTORES DEL COMPORTAMIENTO INFRACTOR.

Con mucha frecuencia suele apelarse a la palabra "causa", para designar aquello que incide de algún modo en la aparición de la delincuencia, en llamada: "delincuencia manifiesta".

Pero rechazamos el término mencionado, en cuanto alude a un proceso causal, determinista, en el que a cierto antecedente -tal es la "causa"- sigue necesariamente un consecuente, porque nos basamos en la delincuencia como protagonismo del hombre, como algo a lo que concurren todas sus potencias, como algo que él obra, no como algo que ocurre en él.

El ser humano se rige por leyes físicas, químicas, biológicas e instintivas en su corporeidad y sensibilidad, pero regulan su integridad por leyes éticas que lo encauzan a su plenitud existencial.

La circunstancia de que en sus primeros años de vida lo muestren ligado a la satisfacción de sus apetitos, y de que frustraciones y conflictos graves subyazcan en un plano no consciente por su escasa racionalidad, que le veda resolver y asumir en un nivel consciente, y aún la otra, de que hechos actuales ingratos reaviven conflictos antiguos inconscientes y motivadores, no impiden el concurso del discernimiento y de la voluntad a partir de los años intermedios, a menos que haya un "pathos" determinante de actos inexorables, sin adhesión del sujeto que los produce.

Situados en este punto, hemos preferido hablar de factores para designar los elementos internos y externos de presión, los elementos internos y externos dinamizadores de la vida humana. En cuanto tales gravitan sobre la personalidad del menor en cieme, y pueden devenir en configurantes de su antisocialidad.

Debe entenderse por "factor" a todo aquello que concurre para estimular o impulsar al criminal a cometer su conducta antisocial. El concepto *factor* lo podemos utilizar en cualquiera de los niveles de interpretación. A

nivel conductual, podemos identificar los factores predisponentes, preparantes y desencadenantes del crimen.

Como ya es clásica la distinción entre factores internos, esto es, los que se encuentran en el mismo ser humano, factores externos, que se hallan en el entorno de aquél, debemos recordar que ella dio lugar a una disputa científica sobre su importancia y que tuvo dos polos de expresión: el psicogénico, enfatizante de la dinámica psicológica interna y del primitivo ambiente familiar; y el sociogénico, que subrayó el aspecto ambiental y sus normas culturales, atenuando la preocupación por la dinámica psicológica.

También, y considerando los factores en general, Kate Friedlander discrimina los factores primarios de la antisocialidad, que se encuentran en la relación madre-hijo primero, en la vinculación padre-hijo más tarde, y en todo aquello que da un tinte afectivo a la constelación familiar y los factores secundarios que, hereditarios o adquiridos, presionan cuando sucumbe el sustratum del hogar.

A nivel individual, debemos señalar qué factores endógenos y exógenos hacen al criminal proclive a ser antisocial.

A nivel general estudiamos todo aquello que favorece el fenómeno de la criminalidad.

Por factor causal, se entiende aquello que, facilitando el crimen, en un caso concreto lo produce.

Ahora bien, los factores se presentan, por lo general combinados, no es fácil encontrar uno aislado. Así, no es raro encontrar la miseria acompañada de la ignorancia, la promiscuidad, la desnutrición, el desempleo, etc., factores que al combinarse desencadenan en un mayor vértice a la criminalidad.

Nosotros creemos que el origen de la delincuencia de los menores en sus dos modalidades (infantes y jóvenes), se encuentra siempre en un conjunto, en una reunión y combinación de factores, en que éstos se entrelazan, se mezclan, se juntan hasta dar ese fatídico resultado que es la agresión a los valores sociales.

En general los factores criminógenos de la antisocialidad precoz son de la misma naturaleza de los que conducen al adulto a delinquir, por lo que, para evitar inútiles repeticiones, nos ocuparemos únicamente de aquellas que influyen particularmente en la delincuencia de menores, o que son diferentes, y con mayor insistencia de aquellas que con mayor incidencia e importancia actúan en el medio mexicano, particularmente en nuestra entidad.

No debemos olvidar que los mismos factores que pueden facilitar la conducta ilícita de los menores, son susceptibles de cambiarse en lo contrario, es decir, en inhibidores o frenos de la delincuencia; así, una familia normal y ordenada puede actuar como freno a otros factores predisponentes, y lo mismo podemos decir de la escuela, la policía, y aún de la pandilla o grupo de menores.

5.3 FACTOR INTERNO: HERENCIA, GESTACIÓN Y PSICOLOGÍA.

Ahora bien, dentro de los llamados *factores somáticos* criminogénos, debemos mencionar en primer lugar, los congénitos, sean estos actuantes antes de la concepción, en el momento de la concepción, o durante el embarazo.

La heredosífilis es aún un problema grave, aunque ha disminuído notablemente, gracias al uso de antibióticos y a la mayor atención médica. Y puede producir un amplia gama de anomalías, que van de la oligofrenia profunda a la inestabilidad mental, de la epilepsia, a la deformación del carácter.

Los heredoalcohólicos continúan llenando los tribunales para menores. El alcoholismo sigue siendo uno de nuestros serios problemas, no obstante su nefasta influencia sobre los futuros hijos, sino también por la precocidad con que se principia a beber.

Un poco en broma se dice una verdad que en la realidad es trágica, "el hijo de un alcohólico no hereda la borrachera, pero sí hereda la sed"

(75). Se ha encontrado que, de los menores que llegan al tribunal, el 53% tiene al menos un ascendiente (generalmente, es el padre) alcohólico, lo que da una idea de la gravedad del problema.

Sabemos que, independientemente de los casos en que el heredoalcohólico es totalmente anormal, generalmente es inestable, con fuerte tendencia a la perversión de los instintos, de constitución enfermiza, escasa inteligencia y falta de voluntad.

Hacemos la aclaración de que el alto porcentaje de heredoalcohólicos se debe no solamente a los padres alcohólicos crónicos, sino también a aquellos que han sido engendrados por los padres en estado de embriaguez, cosa común en los primogénitos, cuyos padres lo procrearon después de la boda, cuya fiesta consistió generalmente en beber grandes cantidades de alcohol, y en todos los casos similares, de niños engendrados después de una fiesta, pues en México el alcohol es elemento indispensable en toda celebración (a esto agregamos los conocidos "hijos de sábado").

La tuberculosis es otra enfermedad de los padres que repercute hereditariamente en los hijos, que produce en los descendientes diversas anomalías nerviosas (emotividad, impulsividad). La lucha antituberculosa ha sido bastante importante en México, pero los índices son aún muy elevados.

En la herencia debemos mencionar también la frecuencia con que encontramos, entre los menores delincuentes, hijos de psicópatas, enfermos mentales y criminales.

Durante el embarazo o gestación, múltiples causas pueden obrar para tarar al feto, entre ellas mencionaremos las enfermedades infecciosas (sarampión, rubeola, difteria, viruela), las intoxicaciones, principalmente las alcohólicas, tan usuales en nuestro medio, y los tranquilizantes y calmantes nerviosos tan difusos en otros.

Grave es también el perjuicio al feto de una insuficiencia alimentaria de la madre, en cantidad o en calidad, situación nada extraña en nuestros medios rurales.

Además los frecuentes traumas psíquicos, la continua angustia, las fuertes preocupaciones (familiares, económicas, etc.) pueden también ocasionar perturbaciones posteriores.

Algunas enfermedades pueden incidir grandemente en el comportamiento y en la criminalidad; éstas pueden ser un anormal funcionamiento de las glándulas endocrinas, la epilepsia, la meningitis, parasitosis, también las anomalías físicas funcionales del menor pueden producir una conducta antisocial, por ello es importante la conveniencia de efectuar un examen médico obligatorio general a todos los menores que estudian, de todos los niveles educativos, para poder prever adecuadamente un posterior agravamiento de la disfunción.

En caso de defectos más graves o notables, es necesaria una especial atención y educación, en primer lugar, en cuanto a la rehabilitación física, y contemporáneamente a la rehabilitación psicológica, que salve al niño de todos los complejos y traumas producidos por la natural crueldad de sus pequeños compañeros, librándose así del complejo de inferioridad y del resentimiento contra la sociedad, que muy posiblemente lo llevará a actitudes antisociales, como vagancia y mendicidad o actividades francamente delictivas.

El problema de la delincuencia de menores implica el problema de la adaptación. Esto no quiere decir que todo menor inadaptado llegue a ser delincuente; pero se plantea el problema de si todo delincuente es un inadaptado. La respuesta en delincuencia de menores suele ser afirmativa, creemos que la delincuencia es una de las manifestaciones de la inadaptación más comunes.

"El término de *inadaptación*" puede considerarse desde diversos puntos de vista:

1.- Como incapacidad de un individuo para adaptar su conducta a las condiciones del medio.

2.- Como inferioridad de estructura (física o mental) de un individuo, que origina su incapacidad para enfrentarse con éxito a las exigencias del medio.

3.- Como adopción de formas de conducta que se apartan de modo señalado y persistente de las formas que dan posibilidades de vida personal y convivencia social armoniosas y constructivas.

4.- Como nueva creación de progreso y cultura que pugna con los medios tradicionales" (76).

Ahora bien, tradicionalmente se han considerado como relevantes en la personalidad antisocial, tres factores que son:

a) La suspicacia, que consiste en la desconfianza indiscriminada y exagerada por los demás, sin justificación, respecto a una situación objetiva. El sujeto suspicaz no se da cuenta, por lo general, de su problema, y sólo considera ser precavido o realista.

b) La destructividad, que está ampliamente relacionada con la agresividad, que consiste en una forma de agresión más elevada, pudiendo presentarse contra los demás o contra uno mismo.

c) La labilidad emocional, que ha sido estudiada como rasgo constitutivo de personalidad antisocial, y que consiste en una falta de estabilidad en la esfera de las emociones, que hace al sujeto de humor caprichoso, de reacciones variables e impredecibles y fácilmente accesible a la sugestión.

En sus estudios, los Glueck analizaron estos tres factores psicológicos, entre muchos, y concluyeron que la presencia de los mismos, era determinante y frecuente en los rasgos psicológicos de los delincuentes.

Este es un fenómeno, que hasta ahora había permanecido oculto en nuestro medio pero que es necesario reconocer y analizar.

Si realmente queremos atacar el problema de la delincuencia de menores, debemos planear una correcta Política Criminal en la materia, en la que la participación del Estado sea primordial, pero que a su vez, haga a la ciudadanía participar activamente, que se entienda, es una *responsabilidad compartida*.

5.4 FACTOR EXTERNO: FAMILIA, ESCUELA Y TRABAJO.

“La decisiva influencia de la familia es tan señalada en la delincuencia de menores que, para algunos autores, es la única de tomarse en cuenta” (77). Sin desconocer la efectiva importancia que la familia tiene, nosotros creemos en la multiplicidad de factores, aceptando que uno de los más frecuentes es la familia desorganizada o deformante.

En el caso de los hogares cuyo ambiente es moral o socialmente inadecuado, la propia familia necesita ser rehabilitada, lo cual es una tarea difícil y delicada, y que en la mayoría de los casos supone mejorar tanto las condiciones económicas como las sociales que han conducido o, por lo menos, contribuido a descalificar a la familia y a la reeducación de ésta.

Antes hay que reconocer las diferencias entre hogar y familia; para los factores de nuestro estudio entendemos como familia “a un conjunto de personas unidas por una relación de parentesco, sea éste por sangre, (padres, hijos, hermanos, etc.) o por afinidad (compadres, ahijados, cuñados, concuños, etc)” (78).

Hogar es un concepto restrictivo, lo entendemos “como personas que viven bajo el mismo techo” (79), en este sentido, en un hogar pueden vivir personas que pertenezcan a diversas familias, y una familia puede estar dispersa en diferentes hogares.

La familia nuclear tiene un fuerte peso en el desarrollo infantil, ya que de la calidad de la relación padres-hijos, depende la primera cosmovisión del infante; ésta puede ser agradable, gratificante, interesante o, por lo contrario, hostil, extraña, aterrizante, aburrida.

La importancia de la madre en los primeros años de vida, es tal en relación a la delincuencia de menores, que en palabras de Aramoni, podemos decir: “madre oligofrénica, madre psicótica, madre neurótica; son creadoras de material de manicomio y enfermedad social, de carne de presidio y

categorías infrahumanas, de enemigos de la sociedad resentidos y contrarios a todo género de normas" (80).

Efectivamente, la personalidad de la madre al principio de la vida, y del padre después, son esenciales en la formación del carácter del niño.

El doctor Buentello establece un cuadro de familias deformantes que nos parece de gran utilidad, y el cual se resume de la siguiente manera:

A.- La familia carencial: inculta, pobre, débil, indiferente.

B.- La familia desordenada: siempre ocupada, inarmónica, atenta a los compromisos sociales, jugadores, cabarets.

C.- La familia discordante: divorcio por incompatibilidad, problemas emotivos-sexuales.

D.- La familia bien: descendientes sobreprotegidos, característica de padres que no transmiten valores a los hijos, sino que los protegen y los encubren.

E.- La familia amoral: sin ética personal, sin ética social, sin ética religiosa.

F.- La familia traumatizante: con problemas en relaciones humanas, con orgullo de estirpe, egoístas, nihilistas.

G.- La familia antisocial: delincuencia, toxicomanías, toxifrenias, criminalidad, pistoleroismo, terrorismo" (81).

Por otra parte, en los primeros años de vida, llamados por varios autores la edad preescolar, la responsabilidad de la educación reside, como regla general en la familia. A partir de esa edad, el niño entra en una nueva etapa, la edad escolar, en la que la escuela comparte con la familia la responsabilidad de educarlo.

Estamos plenamente convencidos de que el aumento de la criminalidad de menores refleja un fracaso en la educación. La crisis educacional no se encuentra sólo en la carencia de aulas y maestros, sino también en cuanto a métodos y sistemas de enseñanza, que es necesario modificar y modernizar.

Es también necesidad primaria transformar la finalidad y la función de la escuela, ampliándola y generalizándola.

“El mayor problema de la escuela contemporánea consiste en creer que su misión es solamente llenar de conocimientos a los alumnos. El número de materias y de años de estudios no significan superioridad de educación. La escuela se dirige generalmente a educar la memoria; así, un alumno con buena memoria será considerado un excelente estudiante. Se olvidan por desgracia, de otros factores de la personalidad, como son la inteligencia y la voluntad” (82).

La primera reforma de la educación debe consistir en enseñar a los maestros a enseñar, el segundo paso será obligar a los alumnos a aprender a aprender; posteriormente pueden venir todos los conocimientos que se quieran. El enseñar y aprender se dejan aún en la institución de maestros y alumnos.

Dos situaciones debe tomar en cuenta la escuela moderna, la primera, es que las diferentes etapas por las que pasa el hombre no son meras estaciones de tránsito que conducen a la siguiente, sino que cada una tiene en sí una razón de ser, sus fines propios, aparte de servir al mismo tiempo de escalón.

La segunda, es que la escuela debe preparar hombres y mujeres para el futuro y dentro de una realidad nacional.

No necesitamos niños que sepan de memoria muchos datos, cifras y nombres, sino ciudadanos que sean responsables, voluntariosos y conscientes de su misión nacional y social. Solamente en esta forma la escuela podrá ser un factor importante en la lucha contra la antisocialidad de los menores.

Uno de los pioneros en problemas de delincuencia infanto-juvenil, me refiero a Pablo Latapídecía que: “la escuela se preocupó de las sutilezas gramaticales, de los hechos sangrientos de los guerreros, de las formas anteriores del trato social; pero jamás pensó en hacer buenos padres de familia” (83).

Una de las reformas necesarias en la escuela es la inclusión de un Departamento de Psicología y uno de Servicio Social, siendo una necesidad inaplazable, ya que el maestro debe conocer al niño tan bien como a la materia de enseñanza.

En relación al factor trabajo, es conveniente puntualizar:

El medio laboral extrafamiliar puede ser un factor criminógeno. Para empezar debemos distinguir entre trabajos legales e ilegales.

Llamamos ilegales a todas aquellas labores que se desarrollan en centros de vicio (como cabarets, cantinas, etc.), expendios de bebidas alcohólicas, centros nocturnos y ya, en total acuerdo con la ley, los prostibulos y similares.

Son causa de especial preocupación todos aquellos lugares que aparentemente son legales (como restaurantes o clubes sociales), pero que en realidad son prostibulos disfrazados. En los trabajos legales debemos distinguir dos tipos: uno, es el verdadero trabajo, en un lugar determinado con un salario y horario estables; el otro, es el trabajo en la calle, sin control de ninguna especie.

Los menores que trabajan en un lugar fijo, como ayudantes o mozos tienen la gran ventaja de poder acudir a la escuela, y de estar aprendiendo un oficio. Las desventajas son generalmente el bajo salario y el hecho de tener compañeros más grandes, de los que va a aprender cosas impropias de su edad. El menor trata de imitar a sus compañeros, y demostrará que es tan grande y tan hombre como ellos, pero no siempre este deseo de emulación es en el sentido positivo y laboral.

Los menores que trabajan en la calle forman la parte más desamparada de nuestra infancia. Sin leyes laborales que los protejan, sin ningún control, se educan en la escuela más dura y cruel que existe: la calle. Estos menores llamados por Quiróz Cuáron "los hijos de Chiclets Adams" (84), se dedican a la venta de periódicos, de chicles, el aseo del calzado, a recoger basura, o actividades similares, estos pobres forman un ejército en las grandes ciudades, muy

difícil de calcular.

Los menores dedicados a estas actividades, por el tiempo que tienen de ocio, por su escasa educación, por carecer de familia, y por el ambiente en que viven, tienen frecuentemente problemas con la justicia, y es casi seguro que tarde o temprano sean conducidos al Consejo Tutelar.

Lo anterior no quiere decir que todo menor dedicado a estas actividades sea un delincuente, lo que sucede es que este ambiente coincide con los demás factores señalados, por lo que conduce fácilmente a actitudes predelincuenciales o delictivas.

5.5 LOS SUSTITUTIVOS PENALES.

En este punto, debemos recordar a Ferri, el genial maestro italiano, el que habla de "los sustitutivos penales" en un orientamiento general hacia la prevención y no a la represión. Estos sustitutivos penales son de naturaleza económica, policiaca, científica, administrativa, religiosa, familiar y educativa.

De lo propuesto por Ferri, son importantes a nuestro tema:

"1.- Administrativos: Investigación de la paternidad, fundación de orfanatos, de casas de maternidad, atención a las madres solteras, establecimientos de defensores de oficio, auxilio a las víctimas de delitos, patronatos para reos liberados (en este caso serían menores).

2.- Educativos: Poner más atención en la educación física, educar a la infancia abandonada, reprimir las publicaciones deshonestas y los espectáculos atroces.

3.- Familiar: Evitar matrimonios de tarados y enfermos, dar preferencia a casados para ciertos empleos, hacer obligatorio el matrimonio

civil, etc." (85).

El esquema de Ferri, aunque en muchos aspectos puede considerarse superado, es aún un ejemplo del programa de prevención.

Por otra parte, la lucha contra la criminalidad de menores debe ser minuciosamente planificada y coordinada. Todos los organismos públicos o privados y todas las personas, deben participar en la solución del problema.

Debe crearse un órgano coordinador y organizado a nivel federal. Este órgano debe estar compuesto por comisiones intersecretariales y con participación de todos aquellos grupos o instituciones que en cualquier forma tengan que ver con los menores de edad.

Entre sus múltiples funciones, este órgano debe formar las relaciones para la participación de la comunidad en los planes y programas de prevención de tratamiento.

Debe también evitar la concentración del esfuerzo asistencial en los grandes centros urbanos, que perjudican a los pequeños centros de población.

El organismo que se propone se ocuparía de concentrar, de elaborar datos referentes a menores, para tener estadísticas que puedan mejorar el conocimiento del problema.

Podría también ser posible la creación de centros de investigación, de orientación y de asistencia, así como clínicas de conducta, bolsas de trabajo, etc.

Este sería el órgano de vigilancia, control y censura de medios de difusión y espectáculos que sean criminógenos o estigmatizantes.

Velaría además, por el cumplimiento de la ley laboral, civil, penal, etc., y el respeto de las garantías individuales de los menores de edad.

Finalmente, sería el órgano adecuado para revisar la legislación, proponer reformas y adiciones, lograr la unificación y hacer que la ley no quedara tan sólo en un simple buen deseo.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (74) Rodríguez Manzanera, Luis. *"Criminalidad de menores"*. Editorial Porrúa, S.A, México. 1987. pág. 164
- (75) Sánchez Obregón, Laura. *"Menores infractores y derecho penal"*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1995. pág. 109
- (76) Islas de González Mariscal, Olga. *"El menor como sujeto de Derecho Penal"*. UNAM. México. 1990. pág. 137
- (77) Ib. pág. 141
- (78) Tocaven, Roberto. *"Menores infractores"*. Ediciones Edicol. México. 1975. pág. 25
- (79) Ib. pág. 32
- (80) Rodríguez Manzanera, Luis. Op. cit. pág. 187
- (81) Cit. por Rodríguez Manzanera, Luis. Op. cit. pág. 196
- (82) Del Solar, José H. *"Delincuencia y derecho de menores"*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1986. pág. 67
- (83) Latapí, Pablo. *"La reforma educativa del Estado"*. Revista Proceso. No. 1127. 7 de junio de 1998. pág. 37
- (84) Cit. por Rodríguez Manzanera, Luis. Op. cit. pág. 195
- (85) Del Solar, José H. Op. cit. pág. 78

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

La delincuencia juvenil es un problema serio que amenaza a nuestra patria. La comunidad debe ocuparse y preocuparse más por este problema; debe corregir la opinión pública equivocada en muchos aspectos acerca de los factores etiológicos, preventivos y curativos. Debe recordar que la causa principal de la delincuencia juvenil actual es la descomposición y desorganización de la sociedad adulta.

Así, dejará de ser verdad que nuestra sociedad tiene los delincuentes juveniles que merece, pero nuestros delincuentes juveniles no tienen la sociedad que merecen.

Son muchos los jóvenes de 14 y 15 años que infringen las normas penales diariamente. Hurtos de vehículos y autopartes, homicidios y violaciones son los delitos comúnmente llevados a cabo por los menores. Y esta delincuencia juvenil seguirá avanzando a pasos agigantados si las personas mayores juzgamos con inseguridad y desacuerdo la gravedad de esos "desahogos" juveniles.

La determinación de una edad cronológica fija como punto a partir del cual se espera de todos los niños un sentido de responsabilidad adulta, incluso dentro de un marco cultural específico, es necesariamente una medida arbitraria, aunque quizá necesaria para que la estructura legal proteja a los niños de menor edad de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva.

Creemos totalmente necesaria una reforma integral tanto en nuestra legislación penal local, como en nuestra legislación de menores infractores, tal que permita que sólo sean inimputables los menores de 14 años. Fijación que no parece caprichosa si se considera que es precisamente esta edad la que nos señala la entrada a la pubertad; dado que representa el inicio de un nuevo ciclo biológico, psicológico y social.

Se considera que a esta edad, el joven ya tiene la capacidad de distinguir entre el bien y el mal, lo justo de lo injusto, lo honesto de lo deshonesto, lo lícito de lo ilícito y lo moral de lo amoral, a pesar de las complejidades que tras tales valoraciones se ocultan.

Por ello, debe considerarse a la imputabilidad como un desarrollo biopsicosocial que dá al sujeto la capacidad para conocer hechos, entender la trascendencia normativa, adherir la voluntad y la afectividad a la norma. La doctrina y la legislación penal en nuestro país, sobre el problema de la minoría de edad se plantean las cuestiones siguientes:

1.- Hasta que edad merece el menor (por su edad de progresiva maduración biopsicosocial y por otras razones de Política Criminal) una respuesta especial a sus infracciones, de parte de la autoridad pública?

2.- A esta autoridad pública encargada de responder a las acciones antisociales del menor, ¿le competen también sus acciones asociales? y ¿también las situaciones de abandono?.

3.- Las autoridades competentes de esas acciones del menor, ¿deben conocerse por las autoridades judiciales o deben ser especialistas de la asistencia social a los menores?.

4.- Esas acciones del menor ¿fundamentan únicamente medidas tutelares (de protección y de prevención) o también, sanciones penales?

A estas interrogantes responden los teóricos y la mayor parte de las legislaciones en solo dos sentidos, a saber:

I.- Quienes propugnan la orientación únicamente resocializadora (mejor dicho, repersonalizadora) fijan un límite de edad muy bajo, incluyen las conductas asociales y de abandono dentro de la competencia de los Tribunales de Menores, rechazan a los jueces del Poder Judicial y niegan la conveniencia de cualquier sanción penal.

II.- Quienes admiten cierta dimensión represiva, colocan

un límite de edad más alto, excluyen de la competencia de los Tribunales de Menores las conductas asociales y de abandono, exigen la actuación de jueces y admiten sanciones con sentido penal.

III.- Algunos más prefieren soluciones intermedias, que armonicen la asistencia y la represión.

Ante este panorama, vale hacer las propuestas siguientes:

PRIMERA.- El legislador mexicano debe *unificar* nuestra legislación en materia de menores infractores, es decir, debería haber una Legislación Tipo. Ha de fijar un límite máximo de edad de 16 años y, por supuesto, un tope mínimo de 14 años, para que el menor sea sujeto del Derecho Tutelar para Menores Infractores.

SEGUNDA.- La competencia de los Tribunales para Menores Infractores debe reducirse a las acciones tipificadas en el Código Penal como delitos, pero con mayor atención al *desvalor de la conducta que al desvalor del resultado*. Las conductas asociales o de abandono deben quedarse como ámbito competencial de los organismos de asistencia social.

TERCERA.- Los tribunales para menores infractores deben actuar colegiadamente, bajo la presidencia de un juez de carrera, al que asistirán especialistas de las ciencias del comportamiento, pudiendo así, eliminar el concepto del excesivo "arbitrio judicial".

CUARTA.- Los tribunales para menores infractores deben observar no menos *garantías procesales* que en los tribunales para adultos: como el principio de legalidad, principio de asistencia o de defensa, principio del contradictorio, principio de ser careado, etc. El juez de menores no debe ser confundido con el maestro, médico o el *bonus pater familias*.

QUINTA.- Las respuestas jurídicas a las infracciones llevadas a cabo por los menores han de sistematizarse científicamente, con determinación nítida de su naturaleza jurídica. Tenderán especialmente a la

reeducación o repersonalización del menor. El aspecto punitivo de intimidación general sólo se tendrá en cuenta, cuando sea necesario, en los supuestos muy graves. Es urgente eliminar las condiciones sociales criminógenas.

SEXTA.- Las medidas privativas de libertad implican una merma de los derechos personales que sólo puede permitirse en casos de necesidad y utilidad. Si se cumplen en establecimientos insuficientemente atendidos, puede producir más daños que bienes.

SÉPTIMA.- La prevención de la delincuencia de menores merece mayor atención por parte de las autoridades. Las medidas más importantes estarán sujetas a un recurso suspensivo ante la autoridad judicial, las que sólo podrán imponer medidas preventivas post-delincuenciales.

OCTAVA.- Las acciones o conductas meramente sociales, las indiciarias de peligrosidad predelinquencial deben quedar fuera de la competencia de los tribunales de menores infractores, es decir, deberán encargarse a organismos de asistencia social.

NOVENA.- Una política penal de acción debe fundarse sobre un conocimiento objetivo. Así, en el tratamiento de corta duración debería utilizarse más medidas no institucionales y medidas no judiciales, no debería exigirse necesariamente la detención preventiva. Convendría también estudiar el ambiente en el que se efectúa el tratamiento a fin de conocer su influencia en los jóvenes delincuentes.

DÉCIMA.- Conviene continuar las investigaciones interdisciplinarias acerca de la delincuencia infantil, para mejorar y completar la legislación de las Magistraturas Tutelares de Menores. Conviene reestructurar los órganos que atiendan a los menores infractores. Conviene reestructurar las coordinadas fundamentales del Derecho Penal de Menores Infractores ateniendo más en cuenta los derechos de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Altavilla, Enrico. *"Psicología Judicial"*. Vol. I, Trad. Simón Carrejo y Jorge Guerrero, 4ª Edición Temis, Depalma, Bogotá. 1973.
- 2.- Argibay Molina, José F. *"Derecho Penal"*. Tomo I, Ediciones Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1972.
- 3.- Carmona Castillo, Gerardo. *"La Imputabilidad Penal"*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.
- 4.- Carrancá y Trujillo, Raúl. *"Derecho Penal Mexicano"*. 9ª Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1984.
- 5.- Del Solar, José H. *"Delincuencia y derecho de menores"*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1986.
- 6.- Díaz Palos, Fernando. *"Las penas privativas de libertad"*. 3ª Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1990.
- 7.- Herrera Ortiz, Margarita. *"Protección constitucional de los delincuentes juveniles"*. Editorial Humanitas. México. 1987.
- 8.- Islas de González Mariscal, Olga. *"El menor como sujeto de derecho penal"*. UNAM. México. 1990.
- 9.- Jiménez de Asúa, Luis. *"La ley y el delito"*. Editorial Bogotá, Colombia. 1984.
- 10.- Jiménez Huerta, Mariano. *"Derecho penal mexicano"*. Tomo I. 4ª Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1983.
- 11.- López Betancourt, Eduardo. *"Imputabilidad y culpabilidad"*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1995.
- 12.- Maurach, Hans. *"Derecho penal"*. Tomo I. Trad. Santiago Yañez Pérez. 4ª Ed. Editorial Bosch. Madrid, España. 1989.
- 13.- Mezger, Edmundo. *"Derecho penal"*. Trad. Cerezo Mir, Santiago. 4ª Ed. Cárdenas Editores, S.A., Irapuato, Gto. México. 1980
- 14.- Pavón Vasconcelos, Francisco. *"Breve ensayo de la tentativa"*. 4ª Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1989.
- 15.- Reynoso Dávila, Roberto. *"Teoría general del delito"*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1995.
- 16.- Rodríguez Manzanera, Luis. *"Criminalidad de Menores"*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1987.
- 17.- Sánchez Obregón, Laura. *"Menores infractores y derecho penal"*. Editorial Porrúa, S.A., México. 1995.
- 18.- Tocaven, Roberto. *"Menores infractores"*. Ediciones Edicol. México. 1975.

- 19.- villalobos, Ignacio. *"Derecho penal mexicano"*. 8º Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1984.
- 19.- Von Lizst, Franz. *"La idea del fin en el derecho penal"*. Trad. José Luis Soberanes. 1ª Reimpresión. UNAM. México. 1994.
- 20.- Welzel, Hans. *"Derecho penal alemán"*. Trad. Juan Bustos Ramírez. Editorial Jurídica de Chile. 1966.
- 21.- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *"Tratado de derecho penal"*. Parte General. Tomo III. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana. México. 1988.

CÓDIGOS Y LEYES

- 1.- Cardona Arizmendi, Enrique y Ojeda Rodríguez, Cuahutemoc. *"Código penal comentado del Estado de Guanajuato"*. 3ª De. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V., Irapuato, Gto., México. 1994.
- 2.- *"Código Civil para el Estado de Puebla"*. 24ª Ed. Editorial Cajica, Pueb. México. 1995.

REVISTAS

- 1.- Latapí, Pablo. *"La reforma educativa del Estado"*. Revista Proceso. No. 1127. 7 de junio de 1998.