

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**



CLAVE 879309

**LA FIGURA DEL AUTOR INTELECTUAL Y EL
INSTIGADOR EN LA TEORÍA DEL DELITO**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

LUIS MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ

A S E S O R

LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

CELAYA, GUANAJUATO, 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA

A MI PADRES

ING. JOSE LUIS GONZÁLEZ MONREAL.
ING. SARA SÁNCHEZ GARCÍA.

Por la ayuda, por el ejemplo
y el apoyo que siempre,
me han otorgado en todos los aspectos.

Con respeto, admiración
y mi eterno agradecimiento.

A MI HERMANA

PSIC. ALEJANDRA.

Por la infancia y
por los buenos momentos.

A MIS FAMILIARES

Que espiritualmente
siempre me han acompañado.

A PAMELA.

Por el tiempo transcurrido,
por las maravillosas aventuras
y el amor que me ha otorgado.

A MI HIJO

GAEL.

Por la luz que me enseñó,
hacia el camino de la esperanza y por
mostrarme la persistencia de un niño.

PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

Quiero Agradecer a mi amigo Cristian Fernando García Galván, por mostrarme la fortaleza del ser humano. R.I.P

También agradezco al Lic. Marco Antonio Tamayo Martínez, por mostrarme la perseverancia en el estudio.

Asimismo hago patente mi agradecimiento a mi asesor el Lic. Francisco Gutiérrez Negrete por su valiosa ayuda en la senda de este trabajo.

Así como a la Universidad Lasallista Benavente en especial a la Facultad de Derecho fuente de mi saber jurídico, al igual que a todas aquellas personas, instituciones y bibliotecas que colaboraron directa e indirectamente en la elaboración de esta Tesis.

Y a todos aquellos que dudaron de mis expectativas.

ÍNDICE

Introducción	
	Pág.
Capítulo 1.- Derecho Penal Generalidades.	1
1.1.- Definición de Derecho Penal	1
1.2.- Puntos de vista para apreciar el Derecho Penal	1
1.2.1.- Derecho Penal Objetivo y Subjetivo	1
1.2.2.- Derecho Penal Adjetivo y Sustantivo	4
1.3.- Delito en General	5
1.3.1.- Definición de Delito	6
1.3.2.- Delito en el Derecho Mexicano	7
1.4.- Clasificación de los Delitos	8
1.4.1.- Por su gravedad	8
1.4.2.- Por la forma de la conducta del agente	8
1.4.3.- Por su resultado	9
1.4.4.- Por la lesión que causan	10
1.4.5.- Por su duración	10
1.4.5.1.- Instantáneo	10
1.4.5.2.- Instantáneo con efectos permanentes	11
1.4.5.3.- Continuado	11
1.4.5.4.- Permanente	12
1.4.6.- Por su culpabilidad	13
1.4.7.- Por su estructura o composición	14
1.4.8.- Por el número de actos integrantes de la acción típica	15
1.4.9.- Por la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho previsto en el tipo	16
1.4.10.- Por la forma de su persecución	17
1.4.11.- En función de la materia	18
1.4.12.- Clasificación Legal	19

Capítulo 2.- Teoría del Delito, Elementos Objetivos.	Pág.
2.1.- Elementos Objetivos	20
2.2.- Conducta y su ausencia	20
2.2.1.- Concepto de conducta	21
2.2.2.- Clases de conducta	21
2.2.2.1.- Acción y omisión	22
2.2.2.2.- Elementos de la acción	25
2.2.2.3.- Elementos de la omisión	25
2.2.2.4.- Comisión por omisión	26
2.2.3.- Ausencia de conducta	26
2.3.- Tipo y tipicidad	28
2.3.1.- Definición de tipicidad	29
2.3.1.2.- Típico	30
2.4.- Ausencia del tipo y de tipicidad	30
2.4.1.- Causas de atipicidad	31
2.5.- Diferentes puntos de vista de la clasificación de los tipos	32
2.5.1.- Por su composición	32
2.5.2.- Por su ordenamiento metodológico	33
2.5.3.- En función de su autonomía o independencia	34
2.5.4.- Por su formulación	35
2.5.5.- En blanco	35
2.5.6.- Abiertos	36
2.5.7.- Cerrados	36
2.5.8.- Por el daño que causan	36
2.6.- Antijuridicidad	36
2.6.1.- Definición de antijuridicidad	37
2.6.2.- Antijuridicidad formal y material	38
2.6.3.- Ausencia de antijuridicidad	39
2.7.- Causas de Justificación	40
2.7.1.- Legítima defensa	44

	Pág.
2.7.2.- Estado de necesidad	49
2.7.3.- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho	54
2.7.4.- Consentimiento del titular del bien jurídico afectado	58
2.7.5.- Impedimento legítimo	59
Capítulo 3.- Teoría del Delito, Elementos subjetivos	60
3.1.- Elementos subjetivos	60
3.2.- Imputabilidad	60
3.2.1.- Definición de imputabilidad	60
3.2.2.- Acciones libres en su causa	63
3.2.3.- Inimputabilidad	64
3.2.3.1.- Causas de inimputabilidad	64
3.3.- Culpabilidad	69
3.3.1.- Definición de culpabilidad	69
3.3.2.- Teoría psicológica de la culpabilidad	70
3.3.3.- Teoría normativista de la culpabilidad	71
3.3.4.- Formas de culpabilidad	72
3.3.4.1.- Dolo	73
3.3.4.1.1.- Elementos del dolo	74
3.3.4.1.2.- Especies de dolo	74
3.3.4.1.3.- Dolo mexicano	76
3.3.4.2.- Culpa	76
3.3.4.2.1.- Elementos de la culpa	78
3.3.4.2.2.- Especies de culpa	78
3.3.4.2.3.- Culpa mexicana	80
3.4.- Inculpabilidad	81
3.4.1.- Causas de inculpabilidad	82
3.4.1.1.- Error e ignorancia	82
3.4.1.2.- Error en la ley vigente	85

	Pág.
3.4.1.3.- Error accidental	86
3.4.1.4.- Obediencia jerárquica	87
3.4.1.5.- Eximentes putativas	88
3.4.1.6.- Legítima defensa putativa	89
3.4.1.7.- Legítima defensa putativa reciproca	90
3.4.1.8.- Legítima defensa real contra la putativa	90
3.4.1.9.- Delito putativo y legítima defensa putativa	91
3.4.1.10.- Estado necesario putativo	91
3.4.1.11.- Deber y derechos legales putativos	91
3.4.1.12.- No exigibilidad de otra conducta	92
3.4.1.13.- Temor fundado	93
3.4.1.14.- Encubrimiento de parientes y allegados	93
3.4.1.15.- Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma identidad	95
Capítulo 4.- Punibilidad y su ausencia	97
4.1.- Noción de punibilidad	97
4.2.- Ausencia de punibilidad	99
4.3.- Excusas absolutorias	100
4.4.- Noción de pena	103
4.4.1.- Teoría absoluta de la pena	104
4.4.2.- Teoría relativa de la pena	104
4.4.3.- Teoría mixta de la pena	104
4.5.- Clasificación de la pena	106
4.6.- Medidas de seguridad	111
4.7.- Individualización de la pena	112
4.8.- Condena condicional	113
4.9.- Libertad Preparatoria	115
4.10.- Conmutación y sustitución de la pena	118

	Pág.
Capítulo 5.- Iter Criminis	120
5.1.- Iter criminis	120
5.1.2.- Fase interna	120
5.1.3.- Fase externa	120
5.1.4.- Tentativa	121
5.1.4.1.- Aplicación de sanciones en caso de tentativa	122
5.1.5.- Delito consumado	122
5.2.- Concurso de delitos	123
5.3.- Participación	123
5.3.1.- Autoría y participación	124
5.3.2.- Autoría	125
5.3.2.1.- Autoría mediata	128
5.3.2.2.- Coautoría	131
5.3.3.- Participación criminal (sentido estricto)	133
5.3.3.1.- Complicidad	136
5.3.3.2.- Encubrimiento	137
5.3.3.3.- Instigación	140
5.3.3.3.1.- Instigación (sentido estricto)	140
5.3.3.3.2.- Instigación y accesoriedad	141
5.3.3.3.3.- Importancia del verbo	141
5.3.3.3.4.- Aspecto subjetivo	144
5.3.3.3.5.- Aspecto objetivo	145
5.3.3.3.6.- Instigación incumplida	147
5.3.3.3.7.- Aplicación de los principios generales de la culpabilidad y del dolo	148
5.3.3.3.8.- El instigado comete andelito menos grave	151
5.3.3.3.9.- Graduación de la pena del instigador	151
Conclusiones.	
Bibliografía.	

INTRODUCCIÓN

Esta tesis consiste en la diferenciación de la figura del autor intelectual y el instigador, la misma que a tenido una evolución desde el nombre el cual era “El Autor Intelectual en el Derecho Penal”, mismo que se desprende de la pregunta problemática: ¿En la figura del instigador podemos encontrar al autor intelectual? Y en consecuencia se tiene como base de esta investigación la hipótesis “No existe en la figura del instigador el autor intelectual” y tras las múltiples revisiones al tema se estableció y se denominó “La Figura del Autor Intelectual y del Instigador en la Teoría del Delito”, así pues la senda de este trabajo comenzó de lo general a lo particular y tomó como marco teórico la parte general del derecho penal, la Dogmática Penal, la Teoría del Delito, la Teoría de la Autoría, la Teoría del Delincuente y con especial énfasis la Teoría de la Participación; así pues, la problemática que me presento esta investigación fue la carencia de doctrina en materia de Autoría Intelectual, pero no así con el tema de la instigación que es tocado con mayor énfasis por Juristas extranjeros mismos que no cuentan con una definición de Autor Intelectual en Materia Penal. Además la compilación doctrinal que se tomó de diversas instituciones y en consecuencia se elaboro el cuerpo de este trabajo, el cual trata desde la definición de derecho penal, el delito y su clasificación, los elementos objetivos, conducta, tipo y tipicidad, ausencia del tipo, clasificación de los tipos, antijuridicidad, causas de justificación, elementos subjetivos, imputabilidad, culpabilidad, inculpabilidad, punibilidad y su ausencia, pena y su clasificación, medidas de seguridad, así como el iter criminis y la participación criminal pero haciendo énfasis en la instigación, y en consecuencia se tocan los aspectos positivos y negativos del delito y un gran fragmento de la parte general del derecho penal.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL GENERALIDADES

1.1 DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL

La expresión Derecho Penal, como certeramente afirma Maggiore, se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal).

Por otro lado la denominación del derecho penal es un término relativamente novedoso, pues fue hasta principios del siglo XIX se empezó a utilizar en sustitución de “derecho criminal”, el cual aludía al crimen, la tendencia de los autores en nuestro país ha sido adoptar el Derecho Penal.

El concepto de derecho penal amerita en primera instancia delimitar que el manejo del concepto no es algo plenamente extendido a nivel mundial, sino que existen diversas acepciones para la misma materia; así algunas sistemas jurídicos adoptan conceptos como derecho criminal, derecho de la defensa social, derecho represivo, principio de criminología, derecho protector de los criminales, entre otros con los cuales se trata de referir lo que la doctrina mexicana define como derecho penal.

1.2 PUNTOS DE VISTA PARA APRECIAR EL DERECHO PENAL

Al abordar el derecho penal debemos partir del supuesto de que comprende dos aspectos fundamentales como son el aspecto objetivo y subjetivo y por otra parte surgen otros criterios que se orientan a lo adjetivo y sustantivo.

1.2.1 DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO

El derecho penal objetivo se refiere al conjunto de normas jurídicas, en tanto el derecho penal subjetivo alude al derecho a castigar o lo que podríamos considerar como la facultad del estado para crear y aplicar en los casos concretos las normas penales,

modernamente vista como una potestad del estado desde la óptica de la punición y de ejecutar las sanciones y medidas de seguridad.

Al definirse el derecho penal objetivo, resulta conveniente citar a Von Liszt para quién el derecho penal “es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena como legitima consecuencia”, en tanto para Jiménez de Asúa “es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociado a la infracción de la norma, una pena o una medida de seguridad”.

Para Eugenio Cuello Calón “es el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente”, en tanto para Pessina “es el conjunto de principios relativos al castigo”.

Por otra parte, Pavón Vasconcelos lo define como “el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”, idea acorde con la propuesta de Castellanos Tena, autor que lo conceptualiza como “la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social”.

En el caso de autores como Maggiore, la expresión de derecho penal se utiliza para designar “el conjunto de normas penales, como a la ciencia del derecho penal, estimada como aquella rama del conocimiento humano integrada por un acervo de conceptos jurídicos de naturaleza intelectual, puede referirse al sistema de normas, o bien a los conceptos científicos sobre el delito el delincuente y la pena”.

En el sentido de Jescheck considera al derecho penal como la materia que determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que debe aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que el delito puede ser presupuesto de medidas de mejora y de seguridad y de otra naturaleza. Postura que se adhiere a la de Mir Puig al definirlo en el sentido de “normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto, penas y (o) medidas de seguridad como consecuencia jurídica”.

Juan Rosal define al derecho penal subjetivo como “aquella parte del ordenamiento jurídico positivo que regula el ejercicio positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado a causa del hecho cometido, penas y otras medidas afines, ante y postdelictuales, y según la responsabilidad del autor”.¹

Desde la vertiente diversa, Rodríguez Devesa entiende al derecho penal en dos vertientes “a) como conjunto de normas (derecho penal objetivo, *ius peónale*), b) como facultad (derecho penal subjetivo, *ius puniendi*)”, afirmación que posibilita la distinción del derecho penal objetivo y subjetivo, es decir la definición de los delitos y la pretensión punitiva del Estado.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el *jus puniendi*: es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado mediante leyes de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.

En realidad, el Derecho Penal Subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.² Y el Derecho Penal Objetivo se define como el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos a quienes se les prohíbe, bajo amenaza de una sanción, la realización o comisión de delitos.³

¹ PLASCENCIA VILLANUEVA RAUL. TEORIA DEL DELITO. 1ª ed. ED. UNAM. MEXICO 2004. p.21

² CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL. 32ª ed. ED. PORRÚA. MÉXICO 1993. p. 22.

³ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO, INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, 7ª ed, ED PORRÚA MÉXICO 1999, p. 65.

1.2.2 DERECHO PENAL ADJETIVO Y SUSTANTIVO

Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena ya las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación Derecho Penal sustantivo o material. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.

Las normas del Derecho Penal Sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho material y recibe el nombre de Derecho Adjetivo o Instrumental y, con mayor frecuencia, Derecho Procesal Penal.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente; como bien lo señala Carlos E. Cuenca Dardón, manifiesta: "...sin uno, el otro pierde su razón de ser: sin el Derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco".

El Derecho Procesal suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares. Eusebio Gómez expresa que el Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal; según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norma la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción.⁴

⁴ CASTELLANOS TENA, ob.cit. p 23.

La diferencia entre derecho penal sustantivo o material y adjetivo o instrumental estriba en que el derecho penal sustantivo o material: son las normas relativas al delito, al delincuente y a la pena o medidas de seguridad y el derecho penal adjetivo o instrumental son las normas que se ocupan de aplicar el derecho sustantivo por lo tanto la diferencia es que el primero es la norma aplicable al delincuente, la pena o medida de seguridad y el segundo es la forma de aplicarlo.

1.3 DELITO EN GENERAL

Muchos autores han tratado de realizar un concepción del delito con fuerza universal desde tiempos muy antiguos, pero el delito esta ligado a la forma de ser de cada pueblo, nación y de acuerdo a las necesidades de cada época y es por lo cual muchos otros autores han caracterizado al delito jurídicamente.

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

De tal manera empezaron a surgir definiciones de delito como la Justiniana en el derecho romano que entiende por delito como un hecho contrario a derecho y castigado por la ley.⁵

Delito, acción u omisión penada por la ley. El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen sine lege*, es su regla básica. Por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado, también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos.

⁵ MORINEAU IDUARTE MARTA Y IGLESIAS ROMAN GONZALEZ, DERECHO ROMANO, 4ª ed. ED OXFORD, MÉXICO 2000, p. 151

1.3.1 DEFINICIÓN DE DELITO

A continuación manifestaremos diversos conceptos de delito desde diferentes puntos de vista:

a) Delito desde en punto de vista Natural

Es la lesión de aquélla parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad. Garofalo.

b) Delito desde en punto de vista Sociológico

Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado. Ferri.

c) Delito desde en punto de vista Jurídico

Acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la punibilidad. Beling.

Infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos. Carrara.

Crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Feuerbach.

Acto humano sancionado por la ley. Carmignani.

Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Mezger.

Hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena.
Florian.

Acontecimiento típico, antijurídico, imputable. Mayer.

Acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Carrancá y Trujillo.⁶

1.3.2 DELITO EN EL DERECHO MEXICANO

En este inciso se abordara el concepto de delito en lo que respecta al punto de vista
Legal

Infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda. Código Penal de 1871.

Lesión de un derecho protegido legalmente con una sanción penal. Código Penal de 1929.

Acto u omisión que sancionan las leyes penales. Código Penal de 1931

En el Código Penal Federal de acuerdo a la Reforma Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de Enero de 1984 aún vigente en su primer párrafo establece:

ARTICULO 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

⁶ <http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/uno.htm>

1.4 CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

En el mundo de la clasificación de los delitos existen múltiples y diversos razonamientos pero en este subcapítulo solo se esbozara brevemente los delitos en razón a su gravedad, por su forma de conducta, por el resultado, por lesión, por su duración, por la culpabilidad, por su estructura, por unisubsistencia, por su unisubjetividad, por la forma de persecución, en función a su materia y su clasificación legal.

1.4.1 POR SU GRAVEDAD

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una división bipartita se distingue los delitos de las faltas; En la clasificación tripartita se habla de crímenes, delitos, y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; Delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; Por faltas o contravenciones las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno pero aquí en México cabe señalar que no existen estas distinciones.⁷

1.4.2 POR LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión, Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo en ellos se viola un a ley prohibitiva, Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde se deriva el resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

⁷ CASTELLANOS TENA, ob.cit. p 135

Los delitos de omisión suelen dividirse en los delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también delitos llamados de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión o de omisión consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada con independencia del resultado material que produzcan es decir se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción IV, de nuestro Código Penal Federal, que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades en la averiguación previa de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Como ejemplo del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo le da de comer produciendo u resultado letal, la mamá no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva.⁸

1.4.3 POR SU RESULTADO

Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina de simple actividad o de activación; a los segundos se les llama delitos de resultado o de resultado material.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material.

⁸ IBIDEM p. 160

Son delitos de mera conducta se sanciona la acción u omisión en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere de la destrucción o alteración de la estructura o el funcionamiento del objeto material por ejemplo homicidio, daño en propiedad ajena.

1.4.4 POR LA LESIÓN QUE CAUSAN

Con relación al efecto resentido por la víctima, es decir en razón del bien jurídico, los delitos se dividen de daño y de peligro. Los primeros causan un daño directo y efectivo al interés jurídicamente protegido por la norma penal violada, por ejemplo el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual origina la posibilidad de causación de un daño.⁹

1.4.5 POR SU DURACIÓN

En este subcapítulo los delitos que se estudiaron se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

1.4.5.1 INSTANTÁNEO

La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo dice Soler, no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria.

El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

⁹ IDEM

Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo; Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo. Actualmente la fracción I del artículo 7 lo define así: Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.¹⁰

1.4.5.2 INSTANTÁNEO CON EFECTOS PERMANENTES

Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; en las lesiones, el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un determinado tiempo.¹¹

1.4.5.3 CONTINUADO

En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se, dice que el delito continuado consiste: 1° Unidad de resolución; 2° Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); 3° Unidad de lesión jurídica; y 4° Unidad de sujeto pasivo. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

¹⁰ CODIGO PENAL FEDERAL

¹¹ CASTELLANOS TENA ob.cit. p.138

Según Alimena, en el delito continuado las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una sola consumación mientras para Soler este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

Nuestro Código Penal Federal lo define en la fracción III del artículo 7: “Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal”.¹²

1.4.5.4 PERMANENTE

Sebastián Soler lo define en los términos siguientes: Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos.

Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación.

En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del efecto de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el plagio, el robo de infante, etc. Actualmente la ley identifica al permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, en el artículo 7, fracción II del Código Penal Federal.

¹² REFORMADA, D.O.F. 13 DE MAYO DE 1996

Para Soler el elemento acción puede presentar tres aspectos diversos con relación al tiempo: a) Desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y entonces se está en presencia del delito instantáneo, como en el homicidio; b) Desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose en ello el delito permanente, como en el plagio y, finalmente, c) Consistir en una serie discontinua acciones parciales que mutuamente se integran, formando entre todas una sola agresión de conjunto al Derecho, y eso sucede en el continuado.

Porte Petit enumera como elementos del delito permanente: a) una conducta o hecho; y, b) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos, a saber: a) un momento inicial identificado con la compresión del bien jurídico protegido por la ley; b) un momento intermedio, que va desde la compresión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; y, c) un momento final, coincidente con la cesación del estado compresivo del bien jurídico.

Algunos autores encuentran en el delito permanente dos fases: la primera, de naturaleza activa, consiste en la realización del hecho previsto por la ley; la segunda, de naturaleza omisiva, es el no hacer del agente, con lo que impide la cesación de la compresión del bien jurídico.

1.4.6 POR SU CULPABILIDAD

Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales. De conformidad con el Código Penal del Distrito, las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse en dolosa o culposa (Artículo 8).¹³

Diremos que el delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como en el robo donde el sujeto decide apoderarse, sin derecho del bien mueble ajeno.

¹³ REFORMADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994

En la culpa no se requiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por obrar sin la cautela y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso del conductor de un vehículo que, con falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a un peatón.

1.4.7 POR SU ESTRUCTURA O COMPOSICIÓN

En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos.

Se llaman simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible.

Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente. Edmundo Mezger, por su parte, estima que el delito complejo se forma de la fusión de dos o más.

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

El delito de robo puede revestir las dos formas, es decir, es dable considerarlo como delito simple, cuando consiste en el mero apoderamiento de bienes muebles ajenos, sin derecho y sin consentimiento de la persona autorizada para disponer de los mismos con arreglo a la ley; pero el Código Penal vigente erige en el artículo 381 bis, una calificativa (agravadora de la penalidad del robo simple) para el robo cometido en casa habitada; formase así un tipo circunstanciado que subsume el robo y el allanamiento de morada, delitos que poseen vida independiente; mas si el ilícito patrimonial de referencia se realiza en lugares habitados o destinados para habitación, no es dable aplicar las penas del allanamiento de morada, sino precisamente las correspondientes a la figura compleja.¹⁴

¹⁴ IBIDEM p.142

1.4.8 POR EL NÚMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA ACCIÓN TÍPICA

Por el número, de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos. Expresa Soler que en el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez, un delito autónomo.

Así, sigue diciendo, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad.

El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.

Para algunos penalistas, tanto extranjeros como nacionales, el delito plurisubsistente se identifica con el llamado “de varios actos”, sean éstos idénticos o no; en tales condiciones, un mismo delito se da unas veces mediante diversos actos y otras con uno solo, como ocurre con el homicidio, cuyo elemento objetivo puede manifestarse en un movimiento único o por varios y el conjunto acarrea el resultado letal. Nosotros, siguiendo a Soler, sólo consideramos plurisubsistente el delito que comporta en su elemento objetivo una repetición de conductas similares que aisladamente no de vienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas. De acuerdo con este punto de vista, el homicidio siempre es unisubsistente, mientras el contemplado por la fracción II del artículo 403 es plurisubsistente: “Se impondrán...a quienes voten más de una vez en una misma elección”, porque cuando esa conducta ocurre una sola ocasión, no se integra el tipo y en consecuencia, no se conforma el delito.¹⁵

¹⁵ IBIDEM p.143

1.4.9 POR LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA EJECUTAR EL HECHO PREVISTO EN EL TIPO

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado¹⁶, por ejemplo, es delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, pero es posible su realización por dos o más; también son unisubjetivos el homicidio, el robo, la violación, etc.

El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos sujetos para integrar el tipo a menos que opere en favor de uno de ellos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable; de igual manera en la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos.¹⁷

¹⁶ ARTICULO 223.- Comete el delito de peculado:

I.- Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

II.- El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el Artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y

IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

¹⁷ CASTELLANOS TENA op.cit.143

1.4.10 POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN

Como una reminiscencia, del periodo de la venganza privada, existe en las legislaciones, un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados privados o de querrela necesaria, cuya persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo de la querrela de la parte ofendida; mas una vez formulada la querrela, la autoridad está obligada a perseguir.

Manuel Rivera Silva entre otros opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos: el Derecho Penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catálogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del Derecho.

La razón por la cual se mantienen en las legislaciones estos delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, se basa en la consideración de que, en ocasiones, la persecución oficiosa acarrearía a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos perseguibles previa denuncia (conocidos como “perseguidos de oficio”) que puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

La mayor parte de los delitos se persiguen de oficio y sólo, un reducido número a petición de la parte agraviada. Entre éstos pueden citarse el adulterio, el estupro, el abuso de confianza y otros delitos patrimoniales. Actualmente se observa la tendencia a aumentar el número de los delitos perseguibles por querrela y que antes requerían denuncia.¹⁸

1.4.11 EN FUNCIÓN DE LA MATERIA

Esta clasificación en función de la materia. Los delitos comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, las federales se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, mejor dicho en abuso de ellas; Los delitos del orden militar afectan la disciplina del Ejército. La Constitución General de la República, en el artículo 13, prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado. Los delitos políticos no han sido definidos de manera satisfactoria, Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí, misma o en sus órganos o representantes. El artículo 144 reformado del Código Penal vigente, considera delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos. El Anteproyecto de 1949 los define así: “Para todos los efectos legales se considerarán como de carácter político los delitos Contra la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos o los derechos políticos reconocidos por la Constitución,” Para el profesor Fernando Martínez Inclán, lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.¹⁹

¹⁸ IBIDEM p.144

¹⁹ IBIDEM p.145

1.4.12 CLASIFICACIÓN LEGAL

El Código Penal Federal en el Libro Segundo, reparte los delitos en Veintiséis Títulos, a saber Delitos contra la seguridad de la nación, Delitos contra el derecho internacional, Delitos contra la humanidad, Delitos contra la seguridad pública, Delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia, Delitos contra la autoridad, Delitos contra la salud, Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, Delitos cometidos por servidores públicos, Delitos cometidos contra la administración de justicia, Responsabilidad profesional, Falsedad, Delitos contra la economía pública, Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, Delitos contra el estado civil y la bigamia, Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, Delitos contra la paz y seguridad de las personas, Delitos contra la vida y la integridad corporal, Delitos contra el honor, Privación ilegal de la libertad y de otras garantías, Delitos en contra de las personas y su patrimonio, Encubrimiento y operaciones con recursos de improcedencia ilícita, Delitos electorales y en materia de registro nacional de ciudadanos, Delitos contra el ambiente y gestión ambiental, y Delitos en materia de derechos de autor en términos generales el legislador pretendió hacer esta división o clasificación tomando en cuenta el bien o interés jurídico protegido.²⁰

²⁰ SCJN Compilación de Leyes Federales y del Distrito Federal (COMPILA X)

CAPÍTULO SEGUNDO
TEORÍA DEL DELITO
ELEMENTOS OBJETIVOS

2.1 ELEMENTOS OBJETIVOS

En seguida se entrara al estudio de los objetivos que son aquellos elementos normales, de naturaleza descriptiva, referencias a personas, cosas y modos de obrar, los cuales se explicaran con la mejor concisión posible.

2.2 CONDUCTA Y SU AUSENCIA

En el campo del derecho penal existen múltiples teorías respecto de los actos humanos penalmente relevantes, algunas de éstas son encontradas entre sí, muestra de ello es la problemática relativa a la definición del término adecuado para designar el comportamiento desplegado para una persona que puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores expresan los términos de conducta y acción indistintamente, mientras otros lo llaman conducta, comportamiento humano, acción en amplio sentido, acto o bien lo mencionan como hecho.

El delito ante todo es una conducta humana asimismo dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

El punto de vista de Cavallo y Battaglini para el primero, el hecho “en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido” y para el segundo, el hecho “en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado”.¹

¹ CASTELLANOS TENA. ob.cit.148

Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión, y otras, hecho, cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así, pues, el profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad o en los de simple omisión, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es, decir, un resultado material. Por nuestra parte no hay inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos conducta y hecho, advirtiendo, sin embargo que, en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano con o sin resultado material, por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho, También los fenómenos naturales son hechos. Más si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y su necesario nexo causal, y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión.²

2.2.1 CONCEPTO DE CONDUCTA

La conducta es un comportamiento humano voluntario, positivo, o negativo, en caminado a un propósito.³

2.2.2 CLASES DE CONDUCTA

Ahora bien, el elemento objetivo de la conducta puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad.

² IDEM.

³ IBIDEM p.149

Diferenciándose en que en la omisión hay violación en un deber jurídico de obrar, en tanto la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

2.2.2.1 ACCIÓN Y OMISIÓN

Hemos expresado que la conducta (llamada también acto o acción, lato sensu), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones. El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario o todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Galón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.

Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar.

La omisión es una forma negativa de la acción. Nuestro Código Penal vigente establece en el párrafo segundo del Artículo 7: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.⁴

⁴ CODIGO PENAL FEDERAL PARRAFO ADICIONADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994

Este párrafo segundo, se refiere a la llamada posición de garante, ya que como el propio precepto señala, no basta con la omisión que origina un resultado típico; es preciso que el sujeto tenga la obligación de impedir la producción del hecho punible; ese deber es derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente. Esta obligación especial convierte al sujeto en garante de que el resultado no se producirá.

Según Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Para Sebastián Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.

Según Eusebio Gómez, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción.

Porte Petit estima como elementos de la omisión propia: a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido); b) Inactividad, y c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico. Afirma que la omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico.

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.

Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva.

Como se ha explicado con antelación, en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (Impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior mediante no hacer lo que el Derecho ordena.

Por eso quienes emplean los términos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito, afirman que en la omisión propia o simple, tal elemento es sólo la conducta, en tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho (conducta, resultado y nexo causal); En la omisión simple sólo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión infríngense dos normas: la dispositiva que impone el deber de obrar y la prohibitiva que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado. La omisión propia sólo comporta resultado jurídico; la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad; en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge el resultado material.

En los llamados delitos de olvido, para algunos autores la omisión no es voluntaria; según otros hay voluntad no consciente. El maestro Mariano Jiménez Huerta dice: “En los delitos de olvido hay voluntad, pues basta la voluntad de la conducta diversa. Explica que en algunos casos no es querida inactividad corpórea, por faltar en el instante dado la voluntad; sin embargo, es voluntaria la conducta antecedente productora del estado de inactividad.

Para nosotros el olvido sólo integra delito si el autor no procuró, por falta de cuidado o diligencia, recordar la acción debida; por ello a tales delitos se les considera siempre como culposos (imprudenciales, según la anterior terminología de nuestra ley) e indudablemente no está ausente el factor volitivo.⁵

⁵ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p.150

2.2.2.2 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Según Celestino Porte Petit escribe: Generalmente se señala como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad. Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.⁶

2.2.2.3 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

En la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; concluyese, en consecuencia, que los elementos de la omisión son: a) Voluntad (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos se aprecia, a nuestro juicio, el factor volitivo); y, b) Inactividad. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado. Con razón para Franz Von Liszt, en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado precisa la existencia del deber jurídico de obrar, porque como expresa el autor alemán citado, la omisión del grito de alarma de un guardia agarrotado por unos bandidos, o acometido de un desmayo, no es una omisión en el sentido del Derecho Penal; no hay voluntariedad en la conducta inactiva. Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, mas en ésta emergen otros dos factores, a saber: Un resultado material típico y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

⁶ IBIDEM p.157

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

2.2.2.4 COMISIÓN POR OMISIÓN

En la comisión por omisión, como lo dejamos apuntado con anterioridad en el subinciso 2.2.2.1 párrafos del doce al quince, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

2.2.3 AUSENCIA DE CONDUCTA

Sin la falta de alguno de los elementos esenciales del delito éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias, pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal.

En nuestro Código Penal Federal, en la reforma de 10 de enero de 1994 a la fracción I del artículo 15, capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula genérica: “El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”.⁷

La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.

⁷ SCJN Compilación de Leyes Federales y del Distrito Federal (COMPILA X)

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

En el sentido de considerar también como: factores eliminatorios de la conducta a la vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos operan, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir la vis absoluta y la vis maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factor negativo del delito).

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad. Según la opinión de Villalobos, en el sonambulismo sí existe conducta, mas falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen “una especie de conciencia” no correspondiente a la realidad (inimputabilidad). Sostiene el mismo tratadista, que el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una “obediencia automática” hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo esto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad comenten el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una inimputabilidad.

2.3 TIPO Y TIPICIDAD

Hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; además, que sean típicos, antijurídicos y culpables.

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

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. También se puede entender por Tipo Penal: La descripción que hace el legislador tutelando una norma de cultura y previendo una sanción.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, o adecuación de la acción modelo descrito por el legislador. Así pues basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos; los elementos del delito, como ocurre por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos “con engaños”, “furtivamente”, etc. En este caso y en otros análogos es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito.

Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida u ordenada, en los delitos omisivos; entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo. Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa. Con razón el Mariano Jiménez Huerta, en su obra *La Tipicidad*, define el tipo como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal. En concreto el tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete “El que priva de la vida a otro”.⁸

2.3.1 DEFINICIÓN DE TIPICIDAD

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

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él. Asimismo la función de la tipicidad parte si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal (*nullum crimen sine lege*, equivalente a *nullum crimen sine tipo*).

Para Luis Jiménez de Asúa la tipicidad desempeña un función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.⁹

⁸ IBIDEM p.168

⁹ IDEM

2.3.1.2 TÍPICO O TÍPICA

Lo típico, como se ha visto, es la descripción de una hipótesis de acción en la ley.

2.4 AUSENCIA DEL TIPO Y DE TIPICIDAD (ATIPICIDAD)

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el Código Penal Veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. “En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con persona mayor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la ofendida sea menor de dieciocho años según el precepto anterior a la reforma.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo. Ahora, de manera destacada, nuestro Código Penal Federal se refiere a la ausencia de tipicidad. Se incluyó en la fracción II del artículo 15 relativo a las Causas de Exclusión del Delito, cuando “Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”.¹⁰

¹⁰ REFORMADA, D.O.F. 18 DE MAYO DE 1999

2.4.1 CAUSAS DE ATIPICIDAD

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activos y pasivo; b) si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) por no darse, en su caso, la antijuricidad especial. En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 223 del reformado Código Penal Federal, Diario Oficial de la Federación 5 de enero de 1983).

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene, en este caso tampoco hay objeto jurídico. El artículo 302 del Código Penal Federal dice: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho “en despoblado”; “con violencia”, etc. (como en el tipo del delito de asalto, a que se refiere el artículo 286 vigente desde 1931; y los ilícitos contra la administración de justicia tipificados en las fracciones XIV y XVII del artículo 225 del Código Penal).

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito; verbigracia. “Por medio de la violencia física o moral...”, como en el caso de la violación (artículo 265 del Código Penal Federal).

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: “intencionalmente”, “a sabiendas”, “con el propósito”, etc. Su ausencia hará operar una atipicidad (como ocurre, por ejemplo en los tipos relativos a los artículos 199 bis. 277, 323, etc.).

Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuridicidad, como sucede, por ejemplo, en el artículo 285 del Código Penal Federal (allanamiento de morada) al señalar en la descripción, que el comportamiento se efectúe “sin motivo justificado”, “fuera de los casos en que la ley lo permita”. Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tornándose atipicidad en estos casos.¹¹

2.5 DIFERENTES PUNTOS DE VISTA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

En seguida se expondrán diversas clasificaciones de los tipos que consideramos de son los de mayor importancia.

2.5.1 POR SU COMPOSICIÓN

Normales y anormales. La Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El homicidio es normal, mientras el estupro es anormal.

¹¹ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 177

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero sólo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (cópula en el estupro). Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (cosa ajena mueble, en el robo). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).¹²

2.5.2 POR SU ORDENAMIENTO METODOLÓGICO

Fundamentales o básicos. Anota el profesor Mariano Jiménez Huerta que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos: “Delitos contra el honor”; “Delitos contra el patrimonio”; etc., constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos. Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. Para el aludido juspenalista, dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio descrito en el artículo 302 de nuestro ordenamiento positivo.

Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia. Es decir los básicos describen de manera independiente un modelo de acción por lo que se aplica sin sujeción a ningún otro tipo..

Especiales. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (homicidio en razón del parentesco o relación. Art. 323).¹³

¹² IBIDEM. p. 172

¹³ ARTICULO 323.- Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenué la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

No dependen de la existencia del tipo básico porque contienen elementos nuevos o modifican los requisitos previstos en el tipo fundamental, pudiendo atenuar o agravar la pena del básico.

Complementados. Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.). Según Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Así el homicidio en razón de parentesco constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras el infanticidio (antes de ser suprimido por reforma del 10 de enero de 1994) era un delito especial privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio. El privar de la vida a otro con alguna de las calificativas: premeditación, ventaja, etc., integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado. El homicidio en riña o duelo puede clasificarse como complementado privilegiado.¹⁴

2.5.3 EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA

Autónomos o independientes. Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple). No es necesario que al aplicarse la ley penal se acuda a otro ordenamiento para comprender el significado de estos tipos penales, pues describen un modelo al cual se adecua directa o inmediatamente la acción del sujeto activo del delito.

Subordinados. Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña).¹⁵

¹⁴ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 173

¹⁵ IDEM

Señalan determinadas circunstancias o aspectos que califican la acción provista en el tipo básico del cual dependen, y pueden tener naturaleza agravante o atenuante de la punibilidad.

2.5.4 POR SU FORMULACIÓN

De formulación casuística. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; así para la tipificación del adulterio precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo (artículo 273 de código penal federal). En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis, como en el delito de usurpación de funciones (artículo 250 de código penal federal), en donde el tipo exige dos circunstancias: atribuirse el carácter del funcionario público, sin serlo y, además, ejercer alguna de las funciones de tal.

De formulación amplia. A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo. Algunos autores llaman a estos tipos “de formulación libre” por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la Ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida, en el homicidio. Nos parece impropio hablar de formulación libre por prestarse a confusiones con las disposiciones dictadas en países totalitarios, en los cuales se deja al juzgador gran libertad para encuadrar como delictivos, hechos no previstos propiamente.¹⁶

2.5.5 EN BLANCO

Para precisar el contenido de la acción prevista, el legislador remite a otro o al mismo ordenamiento jurídico.

¹⁶ IDEM.

2.5.6 ABIERTOS

El tipo penal no está completo en cuanto a la diferenciación de la acción prohibida y de la permitida, para lo cual es necesario acudir al complemento que realiza otro ordenamiento legal como guía objetiva para completar el tipo.

2.5.7 CERRADOS

Sus elementos son suficientes para entender en qué consiste la acción prohibida.

2.5.8 POR EL DAÑO QUE CAUSAN

De daño y de peligro si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio). En atención al bien jurídico tutelado en el tipo, los primeros exigen su lesión o destrucción, y los segundos, que se le coloque en posición de riesgo.

2.6 ANTIJURIDICIDAD

El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuridicidad o antijuricidad, esencialísimo para la integración del delito. Asimismo juzgamos prudente realizar en siguiente comentario, la juridicidad que es un elemento esencial para la existencia de los tipos penales y subsecuentemente para la posibilidad de la existencia del delito, ya que la acción delictiva no viola la ley la cual es meramente descriptiva sino que se ajusta a ella (tipicidad), lo que resulta violado es la norma de la cultura que el legislador reconoce a través de la tipificación. De lo cual el Derecho es un orden prominentemente normativo y cultural, entendiendo por cultura, el cultivo del interés común y de la situación que resulta de tal cuidado, situación que siempre esta vinculada a un valor.

A través de las normas de cultura ordena y prohíbe ciertas acciones correspondiendo a sus intereses valorativos, y sólo cuando el Estado las privilegia con su tutela al reconocerlas en la ley, adquieren el rango de jurídicas.

2.6.1 DEFINICIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Javier Alba Muñoz escribe: “El contenido último de la antijuridicidad que interesa al juspenalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente”. Para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: “Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora.

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende de la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. “Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación”.

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores. Como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico.¹⁷

De lo anterior se infiere, que antijuridicidad es la violación de las normas de cultura reconocidas por el Estado.

2.6.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es resultado de un juicio sustancial.

Sin embargo, Franz Von Liszt elaboro una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique una transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

¹⁷ IBIDEM. op.cit. p. 179

Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.¹⁸

Entonces entendemos que Antijuridicidad formal: Estriba en la colisión que se da entre la acción delictiva y la norma de cultura legislada. Una acción es formalmente antijurídica, cuando infringe una norma que el Estado ha incorporado al orden jurídico. Y que Antijuridicidad material: Dado que el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, la acción será sustancialmente antijurídica sólo cuando lesione, ponga en peligro o sea idónea para poner en peligro un bien jurídico.

2.6.3 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

Siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad.

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

¹⁸ IBIDEM. op.cit. p.182

2.7 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

Las causas que excluyen el delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras añade Núñez, son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran el aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.

Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil Federal (Art. 1912); “Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.¹⁹

Asimismo, toda antijuricidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal. Esta antijuricidad formal no puede ser destruida sino por otra declaración legal, de suerte que, aun cuando imagináramos la desaparición del contenido material de antijuricidad en un acto, éste continuaría siendo antijurídico formalmente mientras la ley no admitiera y declarase formalmente también, aquella desaparición de la antijuricidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo. La eliminación total material y formal de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad; pero el factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la ley ya veces aún es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando teniendo tal contenido desaparezca éste por causas especiales, mientras la misma ley no modifique su declaración primitiva o señale la causa que puede anular sus efectos.

¹⁹ IBIDEM. p. 185

Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal.²⁰

De igual modo la razón de ser de las causas de justificación. Tiene el doble carácter (material y formal) de la antijuricidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de antijuricidad se funda: a) en la ausencia de interés. y. b) en función del interés preponderante.

a) Ausencia de interés. Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuricidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Mas debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como “falta de consentimiento del titular”, “contra la voluntad”, “sin permiso”, etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación.

²⁰ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 186

El destacado juspensalista Mariano Jiménez Huerta, expresa que no nace la antijuricidad cuando el titular del interés protegido penalmente, consienta en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico, pero después afirma que en la legislación mexicana no hay precepto alguno que en forma rectilínea se refiera al valor que puede asumir el consentimiento como causa concreta. Actualmente el artículo 15 reformado del Código Penal Federal, en la fracción III²¹, establece que el delito se excluye por actuar bajo ciertos requisitos, con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado. Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuricidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos al respecto: El del enfermo llevado al hospital cuando se halla privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o allegados le sustituyan en tales funciones ya pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo; y, el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa.

b) Interés preponderante. Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad en su caso, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.²² Por otro lado se puse caer en el exceso. Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuricidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad.

²¹ ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

Fracción III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

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

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

²² CASTELLANOS TENA op.cit. 189

Nuestra legislación anterior a las reformas únicamente hacía referencia al exceso en la legítima defensa. El nuevo precepto reglamenta de manera expresa también el exceso en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber y en el ejercicio de un derecho. “Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo”.²³

2.7.1 LEGÍTIMA DEFENSA

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante.

Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

Todas las definiciones son más o menos semejantes: repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor sin traspasar la medida necesaria para la protección.

Asimismo los fundamentos de la legítima defensa. Se han dado desde tiempos remotos, ha sido reconocida la legítima defensa e inclusive el Derecho Canónico se ocupó de ella al establecer: .Vim vi repellere omnes leges et oinnia jura permitunt (Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza). Pero aún se discute en la actualidad el verdadero fundamento de esta causa de justificación.

²³ IBIDEM. p.189

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

Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

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

De acuerdo con Jiménez de Asúa, viene a fundamentar la defensa legítima la preponderancia de intereses pues debe considerarse de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor.

En la legítima defensa está de por medio siempre un bien más valioso; por eso es jurídico el sacrificio del interés que socialmente resulta menor, aun cuando desde puntos de vista individuales pudiera parecer igual o mayor.

De acuerdo con Ignacio Villalobos a cuyos conceptos nos hemos referido en forma casi textual en anteriores párrafos, debe tenerse muy presente que quien ejerce la legítima defensa, obra con derecho y no como un aturdido o un irresponsable, ni como un pobre hombre a quien benévolamente se pueda excusar.

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes: a) Una agresión injusta y actual; b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y c) Repulsa de dicha agresión.

La legítima defensa en el derecho positivo mexicano está establecida en el artículo 15, fracción IV, párrafo primero, del Código Penal Federal expresa: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

Por agresión debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según la nueva fórmula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; debe también ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima. Actual es lo que está ocurriendo; inminente lo cercano, inmediato. Si la agresión ya se consumó no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por el artículo 17 de nuestra Constitución al establecer: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. La reacción contra situaciones pretéritas no sería evitación y ésta es de la esencia de la defensa legítima. Tampoco se integra la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras remotas, ya que la ley habla de que la agresión ha de ser actual o inminente, esto es, de presente o muy cercana.

La reformada fracción IV del artículo 15 del Código ya no alude a que la agresión sea violenta, pues como explica el maestro Carranca y Trujillo, la sola idea de agresión encierra la de violencia.

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos. Antes el precepto mencionaba la defensa de la persona, del honor o de los bienes del que se defiende o de la persona, honor o bienes de otro a quien se defiende. Actualmente se alude en forma genérica a la defensa de bienes propios o ajenos, como se ha indicado.

Al igual que en el texto anterior, en la comentada fracción IV del artículo 15 reformado, se exige que exista necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Ya no se menciona en la ley la inoperancia de la defensa legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales. Tampoco el caso relativo a si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o notoriamente de poca importancia comparado por el causado por la defensa, pues como se ha repetido, la nueva fórmula genérica sólo destaca la necesidad de la defensa, la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa suficiente e inmediata.²⁴

La presunción de legítima defensa se presenta en el Código Penal en vigor, en el párrafo segundo de la fracción IV del artículo 15, preceptúa: “Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

El dispositivo comprende dos hipótesis: La primera, cuando se cause daño a quien en las condiciones descritas trate de penetrar a los lugares señalados; la segunda, si el intruso ya se encuentra dentro de los sitios indicados, en circunstancias reveladoras de la probabilidad de una agresión.

²⁴ IBIDEM. ob.cit. p. 195

Las presunciones de legítima defensa son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho, y, por ende, será al Ministerio Público órgano encargado de la persecución de los delitos a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa. Adviértase, por lo mismo, cómo desde el punto de vista de la carga de la prueba, es más favorable la situación de presunción de legítima defensa, en relación con los casos genéricos en los cuales se integra la justificante.

Asimismo puede acontecer el exceso en la legítima defensa, Soler llama exceso en la legítima defensa a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. Hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión.

Según el artículo 16 del Código Penal Federal, “Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo”.

Antes de la reforma, el artículo 16 del Código Penal establecía: “ Al que se exceda en la legítima defensa por intervenir la tercera o cuarta circunstancia de las enumeradas en la segunda parte de la fracción III del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia”. La tercera señalaba: “Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa”. La cuarta: “Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa”. Ahora, al suprimirse en el reformado artículo 16 el señalamiento de esas hipótesis, debe entenderse que se deja la apreciación de exceso al prudente arbitrio del juez.

De acuerdo con Garrido y Ceniceros, el hecho de que la ley sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposo, no significa que el exceso participe de su naturaleza o de sus elementos; el legislador hizo la remisión al delito culposo sólo por la levedad de la pena y para aprovechar la amplitud de los márgenes mínimo y máximo del artículo 60.²⁵

²⁵ IBIDEM. p. 198

2.7.2 ESTADO DE NECESIDAD

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

Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler).

Para Von Liszt en su *Lerhbuch* afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.

Aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria. Esto se estudiará nuevamente al tratar de la culpabilidad y de su aspecto negativo.

Por ahora nos ocuparemos del estado de necesidad como causa de justificación. Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente. Existen, no obstante, muy variadas opiniones sobre la fundamentación del estado de necesidad. Así, por ejemplo, Filangieri, siguiendo un criterio estrictamente subjetivo, estima que el problema se reduce a considerar la acción humana como un proceder motivado por la violencia moral, pues el sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir bajo un estado de coacción provocado por la amenaza del mal por sobrevenir, entre ese mal lesionar un bien jurídico ajeno para

salvar el propio o el de personas extrañas. Para la Escuela Positiva, siguiendo el mismo criterio subjetivo, el acto ejecutado en estado de necesidad no revela temibilidad en su autor, si se atiende al móvil, que no se manifiesta como antisocial; por ello debe quedar impune.

Hegel adopta posición distinta y encuentra el fundamento de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida expresa, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos.

Curiosa tesis sostiene Michailoff; al hablar del estado de necesidad sin distinguir entre las diversas jerarquías de bienes nos dice que el interés del Estado se inclina a la salvación de una vida y no a la pérdida de dos, cuando por razón del conflicto de bienes, se hace necesario el sacrificio de una de ellas.

Sólo desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma del elemento del delito antijuridicidad, cuyo nacimiento se impide, encuéntrase el fundamento de esta causa de justificación y no puede ser otro sino el valor preponderante que, dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el salvado con relación al sacrificado.

Hay casos dice el profesor Villalobos, en que la igualdad de los bienes en concurso es sólo aparente; en realidad no se compara el valor de un objeto con otro, sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte. Esto sucede, por ejemplo, cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar el resto, aun cuando la parte destruida sea igualo mayor a la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un buque para evitar el naufragio. El acto es jurídico, pues el dilema consistiría en perderlo todo o salvar alguna parte y aquí cabría también considerar el caso de los náufragos que se refiere al ejemplo clásico de los dos náufragos que luchan por la tabla salvadora, llegando uno de ellos a sacrificar al otro; si el supuesto medio único de salvación no soporta la concurrencia de dos personas, la alternativa sería la de salvarse una de ellas o perecer ambas, y entonces la muerte de cualquiera de los dos concurrentes representa el sacrificio de un bien menor . Consideramos

certera esta forma de apreciar el problema, sin desconocer que la mayor parte de los autores sostienen que en esta hipótesis la exclusión de responsabilidad no se basa en una causa de justificación, sino en una de inculpabilidad; se hace erróneamente la comparación entre las dos vidas, considerando que los bienes en conflicto son de igual entidad, no obstante que, dadas las circunstancias, la conservación de cualquiera de esas vidas debe preferirse a la pérdida de ambas, habida cuenta de que, o se autoriza la salvación de un náufrago o perecen los dos. Alternativa diferente, por ejemplo, es la que se presenta comúnmente en el llamado aborto terapéutico a que nos referiremos después, en donde el problema consiste en que si continúa el embarazo muere la madre; pero si se opta porque ella viva, se sacrifica el producto.

Unido al estado de necesidad se debe diferenciar de la defensa legítima. Para Carrancá y Trujillo, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contraataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor. Nosotros señalamos, además de tal diferencia, las siguientes: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión); y, b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contraataque o defensa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

Enseguida se hace mención de los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y, e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Nuestro Código Penal Federal en su numeral 15 reformado en su fracción quinta establece como una de las causas de exclusión de delito, cuando: “Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

El peligro es la posibilidad de sufrir un mal; tal peligro debe ser real, dice la ley; si se trata de conjeturas imaginarias, indudablemente no puede configurarse la eximente. El legislador exige que sea, además, actual o inminente. Hemos dicho que la actual es la que está ocurriendo; inminente es lo próximo o muy cercano. Para la ley no se integra la excluyente por estado necesario si el agente, intencionalmente ocasiona la situación de peligro. Como expresa la fórmula legal, pueden comprenderse los bienes jurídicos de la propia persona o de terceros. Finalmente, el ordenamiento precisa que quien obra por estado de necesidad no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro y éste no sea evitable por otros medios al alcance del agente.

Pavón Vasconcelos, al hablar de los elementos del estado de necesidad, considera como tales: a) un peligro real, grave e inminente. Este elemento es común con la legítima defensa, pero mientras en ésta el peligro se origina por un acto injusto del hombre, en el estado de necesidad se trata, por lo general, de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es un requisito fundamental, ya que si hay tiempo de evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto realizado; b) ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos. En nuestra legislación tales bienes son la propia persona y sus bienes, o la persona o bienes de otro; c) que el peligro no haya sido provocado dolosamente d) que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y, e) no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

Asimismo se ejemplifica algunos casos específicos del estado de necesidad a continuación:

a) El aborto terapéutico. Como una forma específica del genérico estado de necesidad, nuestra ley consagra en el artículo 334 la excluyente por aborto terapéutico. No hubiera sido preciso reglamentarla por separado, por caber la hipótesis prevista perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción V del artículo 15. Se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía.

El artículo 334 dispone: “No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la de mora”. La redacción misma del precepto ha hecho pensar a algunos especialistas, que se trata de una verdadera excusa absolutoria en donde subsiste el delito y la pena no se aplica, pues el legislador usa la frase “no se aplicará sanción”; sin embargo, como el artículo es superfluo, por comprenderse su contenido en la fórmula del genérico estado de necesidad, debemos concluir que constituye una causa de justificación y no una simple excusa.

b) El robo de famélico. El robo de famélico o de indigente, encuadra también dentro de la fórmula general del estado de necesidad a que se contrae la fracción V del artículo 15, por ello resulta redundante su establecimiento en forma específica en el artículo 379. Existe división de opiniones con respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del robo de famélico; mientras unos opinan que se trata de una excusa absolutoria, para otros constituye una justificante por estado de necesidad. Recuérdese que la distinción no es asunto de poca monta; las justificantes son erga omnes, objetivas e impersonales y por lo mismo aprovechan a todos, quienes resultan cooperando en una acción conforme a Derecho; en tanto las excusas absolutorias sólo eliminan la pena, subsistiendo la delictuosidad del acto, y además, son personalísimas, únicamente favorecen a los que se encuentran dentro de la hipótesis correspondiente. Para nosotros es una verdadera causa de justificación por estado de necesidad, pues existe una colisión de intereses tutelados jurídicamente. Por una parte, el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y, por la otra, el derecho del propietario de los bienes atacados. Nuevamente nos encontramos en presencia del principio del interés preponderante.

El robo de famélico en el Código Penal. El artículo 379 dice: “No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. Francisco González de la Vega, comenta: Adviértase que la justificación se limita a una sola vez, siendo así que el hambre o las necesidades apremiantes, vitales, pueden repetirse. Afortunadamente, todos los casos caben en el artículo 15, fracción V. La justificación no ampara aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia o malvivencia habituales.

La redacción del artículo 379 es defectuosa. En su sentido estricto, caben las actuaciones de personas acomodadas, con tal de que ejecuten el apoderamiento en los momentos precisos de experimentar la necesidad. Al respecto Ignacio Villalobos escribe: “Podrá hoy cualquier acaudalado, por capricho, por deporte o por snobismo, tomar de lo ajeno lo estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, al fin aun los potentados tienen esa clase de necesidades a que se hace referencia. En el precepto, por ninguna parte apunta exigencia o requisito alguno sobre estado de necesidad propiamente dicho, indigencia o cosa semejante, sino que su redacción significa una mera liberalidad inexplicable, pero absolutamente igual para todos y en todas las circunstancias.”²⁶

2.7.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

Al lado de las causas de justificación analizadas figuran otras que también privan a la conducta del elemento antijuricidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito. Se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho. Nuestro Código Penal Federal establece en la fracción VI del artículo 15, como excluyente del delito, cuando “La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”.²⁷ Como en la defensa legítima, se exige la racionalidad del medio empleado.

²⁶ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 210

²⁷ SCJN Compilación de Leyes Federales y del Distrito Federal (COMPILA X)

Dentro de estas hipótesis de derecho o deber pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo de ejercicio del derecho de corregir. Sólo estas últimas se reglamentaban en forma especial (artículo 294, ahora derogado).

Francisco González de la Vega escribe: “Existen ciertas clases de deportes como la natación, la equitación, etc., que se realizan singularmente, es decir, sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre varios participantes para la obtención del triunfo; es claro que cuando el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones casuales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado.

En otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el futbol, etc., se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario; en estos deportes los contendientes tratan de obtener el galardón, no de lesionar, pero como el riesgo de lesiones es muy grande porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia, la solución para las lesiones inferidas en estas actividades deportivas, salvo casos de perfidia o imprudencia, debemos encontrarla en la ausencia del elemento moral; en efecto cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito por no haber obrado intencional o imprudentemente. Por último, algunos otros deportes, como el box, se realizan en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un boxeador le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuricidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales.

Se trata, pues, de una verdadera causa de justificación; los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado. Sobre el particular podemos agregar que, cuando se llevan al cabo eventos deportivos en los cuales se cobra a los espectadores, el Estado no solamente envía representantes y delegados suyos, sino percibe los impuestos correspondientes. En forma expresa o tácita el poder público otorga el permiso para la realización de los encuentros y, por lo mismo, la conducta salvo casos de excepción claramente delictuosos es jurídica, al menos formalmente.

Pero si los hechos típicos del Derecho Penal que resulten en algunos casos, con motivo de los deportes señalados en la última categoría, formalmente carecen de antijuricidad en presencia de la autorización estatal, subsiste el problema de hallar la razón de ser de tal exclusión, que parece no obedecer al principio general del interés preponderante, el cual, al decir de Villalobos, no admite claudicaciones ni condescendencias, sino cede sólo ante el mayor beneficio social; si éste no ha sido la verdadera meta, el acto de quien da el permiso, o el espectáculo mismo, carecen de justificación material, sustancial o de fondo. Se trata de un error o de un abuso de facultades.

De manera específica, nuestro Código reglamentaba esta eximente en el artículo 294 en relación con el 289; establecía que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serían punibles si fueran de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida, y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. Funcionaba como causa de justificación.

Afortunadamente la reforma al Código Penal derogó el precepto 294, por lo que de conformidad con la ley represiva en vigor, ya no es excluyente de responsabilidad, a pretexto del ejercicio del derecho de corregir, lesionar a los niños; antes bien, el artículo 295 dispone: “ Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos”.

Para legitimar las lesiones causadas con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos privados o de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones; además los delitos perseguibles sólo a petición de la parte ofendida, son de dudosa técnica. Otros buscan la solución en la ausencia de dolo; también resulta ineficaz este razonamiento; para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, con independencia de la finalidad última. Se dice que esas lesiones se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas; se trata más bien de un estado de necesidad. Para González de la Vega la antijuricidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.

La justificación formal deriva de la autorización oficial expresa o tácita; la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva. Tal como fue manifestado en subcapítulo 2.7.

De conformidad con las reformas del 21 de diciembre de 1993, publicadas en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, quedó suprimida la excluyente por impedimento legítimo, que antes establecía la fracción VIII del artículo 15, en los siguientes términos: “Contravenir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo”. Operaba cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstenía de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal.

Adviértase que el comportamiento era siempre omisivo. Emergía otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedírsele la ley en virtud del secreto profesional, en realidad esta hipótesis cabe en la justificante por cumplimiento de un deber. La regulación en el Código del impedimento legítimo carece de razón, según el penalista Jiménez Huerta, por tener cabida en la fórmula del estado de necesidad. Para el citado Maestro, en la entraña de los conflictos de deberes late y palpita con vida propia un conflicto entre bienes jurídicos; “la simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es sólo la causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos. Así, quien viola el deber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por estar auxiliando a otra más gravemente lesionada, sacrifica el bien jurídico de aquélla en aras del que a ésta pertenece.”²⁸

2.7.4 CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO

El Código Penal actual recoge, en forma expresa, como causa excluyente del delito, el consentimiento del interesado en la nueva fracción III del artículo 15: “Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) que el bien jurídico sea disponible; b) que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c) que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo”.

En el subcapítulo 2.7 en el inciso a), se señala que el consentimiento del interesado opera como causa de atipicidad unas veces y otras como causa de justificación. Si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; sólo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante.

²⁸ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p.216

2.7.5 IMPEDIMENTO LEGÍTIMO

Se refiere esta causa de exclusión de la antijuridicidad, solamente a omisiones, ya que se considera que no comete delito quien no ejecuta lo que la ley le ordena, porque se lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley. Tampoco delinque quien no realiza el hecho que debiera haber practicado, a causa de un obstáculo que no estaba en su mano vencer.

CAPÍTULO TERCERO
TEORÍA DEL DELITO
ELEMENTOS SUBJETIVOS

3.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los elementos subjetivos que analizaremos a continuación son referencias a un determinado propósito o fin de la acción, o a un ánimo específico con que debe cometerse.

3.2 IMPUTABILIDAD

Entrar al campo subjetivo del delito es necesario, en primer término, precisar sus linderos, pues según el criterio que se adopte así será el contenido de la culpabilidad. Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por nosotros, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; por lo mismo, la estudiaremos a continuación.

3.2.1 DEFINICIÓN DE IMPUTABILIDAD

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

Para Max Ernesto Mayer la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Para Franz Von Liszt es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, 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.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

Asimismo se debe considerar la responsabilidad que es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la Ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Existe cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad. No pocas veces se utiliza el vocablo como sinónimo de culpabilidad; también suele equipararse a la imputabilidad. En verdad tiene acepciones diversas. En un sentido, se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales. Con esto se da a entender la sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o exclusión de antijuricidad o de culpabilidad en su conducta.

Por otra parte se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente; así, los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva. En este sentido resume Villalobos la antijuricidad 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 a esta última que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad que es sólo la capacidad o potencialidad, y entonces significa también la obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; lo que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución del acto típico y somete al juicio respectivo; y 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.¹

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

¹ IBIDEM. p.219

3.2.2 ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad dice Cuello Calón, el sujeto era imputable.

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

Según nuestra Suprema Corte de Justicia, aun cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad.

Igual criterio sigue el Código en las reformas publicadas en 1994. La última parte del primer párrafo de la fracción VII del artículo 15 no considera la exclusión del delito si “...el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”.

3.2.3 INIMPUTABILIDAD

Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es la calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

3.2.3.1 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Ante todo debemos advertir que, como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales. Nuestro ordenamiento penal, antes de las reformas de 1983 publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984, contenía, como causas de inimputabilidad, a nuestro juicio, las siguientes: Estados de inconsciencia (permanente en el artículo 68 y transitoria en la fracción II del 15); Miedo grave (Art. 15, IV); y, Sordomudez (Art. 67).

Esas revoltosas y discutidas fórmulas legales sobre los estados de inconsciencia, han sido sustituidas según las citadas reformas, por un precepto de gran amplitud, ubicado en el artículo 15, relativo a las Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad, cuya fracción II establecía: “Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencionalmente o imprudencialmente.

La fracción transcrita abarca, pues dos grandes hipótesis: a) trastornó mental; y b) desarrollo intelectual retardado.

Sergio García Ramírez al comentar la fracción II reformada expresa "... contempla cabalmente el fenómeno que se trata de abarcar, esto es, el caso de quienes no pueden comprender el carácter ilícito del hecho (incapacidad de entender) o conducirse de acuerdo con esta comprensión (incapacidad de querer). Los puntos esenciales de este concepto proceden de la legislación italiana, pero es mexicana la formulación completa. En rigor, bastaría con esa caracterización de la inimputabilidad, sin necesidad de expresar, en el Código Penal mismo, sus causas o sus especies. Sin embargo, se creyó oportuno hacer referencia a éstas para favorecer la buena aplicación del precepto, novedoso en el ordenamiento federal, aunque bien conocido en otras leyes nacionales. De ahí que se hable de los dos factores clásicos que aquí aparecen: trastorno mental y desarrollo intelectual retardado.

En las reformas de 1993 al Código Penal, publicadas el 10 de enero de 1994, en vigor el 10 de febrero siguiente, se recoge en lo esencial el mismo criterio, en el primer párrafo de la fracción VII del artículo 15: "El delito se excluye cuando: Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

Lo expuesto respecto a la fracción II del artículo 15 anterior a las reformas publicadas en 1994, es aplicable al transcrito primer párrafo del nuevo precepto ahora en vigor.

El segundo párrafo de la fracción VII consagra la llamada imputabilidad disminuida: "Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de el Código Penal Federal dispone: "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador,

según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor”. Nótese que en la imputabilidad disminuida la Ley no excluye el delito, únicamente reduce la pena o, en su caso, la medida de seguridad, o ambas.²

Las causas de inimputabilidad impiden el surgimiento del delito; sin embargo, “...para fines de defensa social, la Ley Penal rompe aquí sus propios postulados básicos y admite la aparición de consecuencias formalmente penales, por la ley que las regula, la autoridad que las impone y los órganos que las ejecutan, aun cuando haya en la hipótesis un aspecto negativo del delito, un no delito, por inimputabilidad, y sea el agente un sujeto incapaz de Derecho Penal. Se admite, entonces, que el Estado adopte determinadas medidas, que no son propiamente penas, para la atención de tales sujetos y, sobre todo, para la debida protección de la comunidad”.

El reformado artículo 67 del Código Penal Federal, expresa: “En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente. Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento”.

Es importante destacar que según el transcrito dispositivo, es dable al juzgador imponer el tratamiento, de acuerdo con su arbitrio, lo mismo en internamiento que en libertad, allegándose, por supuesto, los elementos necesarios para apoyar su determinación. De manera expresa el precepto no resuelve la situación de los inimputables por trastorno mental transitorio y que no siempre requieren tratamiento, como en el ejemplo del individuo hospitalizado, que por la aplicación de cierta medicina, se priva, por poco tiempo, de las facultades de juicio y decisión y ejecuta un hecho penalmente tipificado. De acuerdo con el dispositivo anterior a la reforma, quedaba en absoluta libertad, sin aplicársele medida alguna.

² IBIDEM. p.227

Consideramos, sin embargo, dados los términos del artículo en vigor, que el órgano jurisdiccional, al declarar la libertad, puede no señalar tratamiento alguno cuando lo juzgue innecesario.

Para evitar abusos, el nuevo artículo 69 del Código Penal, determina que la medida impuesta al inimputable por el juez penal, en ningún caso excederá de la duración correspondiente al máximo de la pena aplicable al delito, mas si la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

El artículo 68 reformado establece la posibilidad de que el inimputable sea entregado a quien legalmente pueda hacerse cargo de él, bajo los requisitos señalados en el propio precepto. Igualmente faculta a la autoridad ejecutora para resolver sobre la modificación o conclusión de la medida acordada.³

Antes de las reformas publicadas en 1994, la fracción VI del artículo 15 del Código Penal establecía como excluyente de responsabilidad: “Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e 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”. En el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial.

En la fracción transcrita se hablaba de miedo grave y de temor fundado, que técnicamente no pueden identificarse. El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad.

³ ARTICULO 68.- Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación. Octavio Véjar Vázquez expresa: “Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro”. Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es consciente; con el miedo puede producirse en la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador.

El temor fundado puede constituir una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad. Para muchos especialistas se trata de una no exigibilidad de otra conducta.

Así se explica que las reformas de 1993, publicadas el año siguiente, hayan eliminado en el nuevo texto del artículo 15, tanto el miedo grave como el temor fundado, por quedar comprendidos en las causas de exclusión del delito a que se refieren las fracciones VII y IX de dicho precepto.⁴

⁴ ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

Fracción VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

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

3.3 CULPABILIDAD

Dijimos con antelación, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal; corresponde ahora, delimitarlo y externar una noción sobre la culpabilidad.

3.3.1 DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta según Cuello Calón, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

La culpabilidad dice Jiménez de Asúa, es donde 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. Para el mismo maestro, en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

Por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Para Villalobos, la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.⁵

⁵ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 234

3.3.2 TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Luís Fernández Doblado se expresa así: Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.

Roberto Muñoz Ramón sostiene, entre otras cosas, que para los psicólogos la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico. Ya hemos dicho cómo el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y antijuridicidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable; por otra parte, claro está que en la teoría psicologista se trabaja dentro del campo normativo como es el del Derecho, único donde puede hablarse de delito.⁶

⁶ IBIDEM. p. 235

3.3.3 TEORÍA NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico; Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psique del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico... La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.

Reinhart Maurach, jurista alemán contemporáneo, escribe: “Culpabilidad es 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, aun cuando podía comportarse conforme a Derecho, aun cuando podía decidirse en favor del Derecho”.

El mismo autor, citando a Frank, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. Este juicio normativo está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del Derecho; en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social.

Posteriormente señala el propio Maurach que en la Dogmática actual existe avenencia de pareceres en concebir la esencia de la culpabilidad como un juicio de desvalor que grava al autor.⁷

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. No resulta ocioso advertir que los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio.

Tanto psicologistas como normativistas, coinciden en que en el delito no sólo el acto objetivamente considerado ha de ser contrario a Derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico. Con razón dice Maurach: “El juicio de desvalor, extendido del acto desvalorado al autor, se designará, en general, como culpabilidad jurídico penal; abreviadamente como culpabilidad... La cuestión de si concurre la culpabilidad jurídico penal no puede plantearse hasta que conste la antijuricidad típica”. Adviértase, pues, cómo tanto para los psicologistas como para los seguidores del normativismo (como el pensador alemán citado), en el delito requiérese que el desvalor del acto se extienda al autor del mismo. En el psicologismo el desvalor para el autor deviene de la liga intelectual y volitiva que le une con el acto previamente calificado de antijurídico.⁸

3.3.4 FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

⁷ IBIDEM. p. 236

⁸ IBIDEM. p. 237

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurra el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás.

Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico. Se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso; y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o el deseo, aun con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de merecer.

Para Juan José González Bustamante, también Ministro de la Suprema Corte, con base en las disposiciones del Derecho positivo, aseguraba que la Ley Penal del Distrito no contemplaba la preterintencionalidad, pues el artículo 8 sólo aludía al dolo y a la culpa y con una tendencia dogmática se advierte que en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo) o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del agente (culpa), sin ser dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta. Agregaba: Aun los códigos que han incluido la preterintención, siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales, como acaece en la legislación veracruzana vigente, la cual para la punición de la tercera especie remite al dolo. Igual criterio sustentaba el Ministro Carlos Franco Sodi.⁹

3.3.4.1 DOLO

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

⁹ IBIDEM. p.238

Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia 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 resumen: el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico o bien, voluntad tendiente a la ejecución de un hecho delictuoso y a la producción de un resultado antijurídico.

3.3.4.1.1 ELEMENTOS DEL DOLO

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber o más bien intelectual que esta constituido por el conocimiento y previsión de un resultado que se sabe injusto, así como la contemplación de las consecuencias objetivas de la acción. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico, es la voluntad viciada de causar el resultado.

3.3.4.1.2 ESPECIES DE DOLO

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. En esta clasificación se hablara de dolo directo, indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc.

El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente. Es decir el resultado coincide con el que se propuso el sujeto activo.

El dolo indirecto o simplemente indirecto, conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. Este se da cuando el agente se propone el fin delictivo y sabe que con certeza causará otros.

El dolo eventual confundido por algunos con el indeterminado existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, ya pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo. En este dolo se prevén posibles resultados antijurídicos colaterales al fin propuesto, que no se quieren.

Por otro lado Villalobos se adhiere a quienes dividen el dolo en las siguientes especies: directo, simplemente indirecto, indeterminado y eventual. Define el directo como aquél en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto típico.

El simplemente indirecto si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

El indeterminado, si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial, por ejemplo: anarquista que arroja bombas sin pretender un resultado específico.

El eventual, cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores ya pesar de ello no retrocede en su propósito inicial.

Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cuál será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo. El mencionado tratadista sugiere, como ejemplo de dolo eventual, el hecho consistente en mutilar a los niños para deformarlos a fin de tener éxito en la mendicidad. No obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevenga la muerte, no retroceden ante ese peligro y realizan la conducta propuesta.¹⁰

3.3.4.1.3 DOLO MEXICANO

Nuestro Código Penal Federal en el artículo 8 expresa: “Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”. El artículo 9 del Código Penal Federal en su primer párrafo dice: “Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.

De forma similar el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 13 expresa: “Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”.

3.3.4.2 CULPA

Se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa).

¹⁰ IBIDEM. p. 241

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón). Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezger).

Para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías. Adquieren relevancia fundamental las siguientes: a) de la previsibilidad; b) de la previsibilidad y evitabilidad; y, c) del defecto de la atención:

La primera (previsibilidad) fue sostenida principalmente por Carrara, para quien la esencia de la culpa consiste en la previsibilidad del resultado no querido. Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia el cual no es, en última instancia, sino un vicio de la voluntad.

La segunda, expuesta por Binding y seguida por Brusa, acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no ha lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

Por último, la teoría del defecto en la atención, sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

Según Antolisei una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas. El sujeto no tomó las precauciones debidas al conducir su automóvil; hizo una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito en la materia posee; en forma irreflexiva oprimió el botón de una maquinaria que no conocía, produciendo un desastre. En todos estos casos, la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo o sin cuidado.

Por nuestra parte, consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas, o bien culpa es la causación de un resultado antijurídico previsto o previsible, no querido ni aceptado por el agente; por un actuar u omitir voluntarios con negligencia, imprudencia, impericia o falta de cuidado.

3.3.4.2.1 ELEMENTOS DE LA CULPA

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

3.3.4.2.2 ESPECIES DE CULPA

Las especies de culpa que se tocan en esta tópico son: la consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurra. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

Por lo tanto en esta culpa con previsión del resultado: el sujeto activo prevé como posible la producción de un resultado antijurídico pero espera que no surja

Como ejemplo de esta especie de culpa, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruce en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente ya pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible penalmente tipificado. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar.

El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

Por lo tanto la culpa sin previsión del resultado: se da en resultados preVISIBLES y evitables, cuando el sujeto no lo prevé por falta de cuidado o precaución.

Asimismo la culpa sin representación o inconsciente solía clasificársele en lata, leve y levísima, siguiendo el criterio que priva en el campo del Derecho Civil, según la mayor o menor facilidad en la previsión.

La moderna doctrina penal ha dejado en el olvido tal clasificación, pero en nuestra legislación penal encuentra aceptación sólo por cuanto la gravedad o levedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad. La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.¹¹

¹¹ IBIDEM. p.250

Asimismo existe una distinción entre culpa consciente y dolo eventual. Tanto en una como en otra hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico; pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá.

3.3.4.2.3 CULPA MEXICANA

Según el artículo 8 del Código Penal Federal vigente, “Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”. En el último párrafo del artículo 9 del actual Código Penal Federal expresa: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Es la culpa una de las formas de culpabilidad, consistente en infringir la obligación de comportarse con el cuidado necesario para mantener el orden jurídico. Por otra parte, en la fórmula legal caben tanto la culpa consciente o con previsión, como la sin previsión o inconsciente.

Como el texto legal es amplio por referirse al incumplimiento del deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales imponen al autor, compete al juzgador, de acuerdo con un ponderado arbitrio, determinar, en cada caso, esas circunstancias y condiciones personales motivadoras del deber de cuidado incumplido.

El penalista Francisco H. Pavón Vasconcelos, sugiere, para la afirmación de que un comportamiento es culposo de acuerdo a los siguientes elementos de juicio: “a) la determinación de si, el hombre medio, hubiera estado en condición de dirigir su actuar de tal manera que hubiese podido evitar el proceso causal que originó el evento dañoso y prohibido (hecho típico), y b) si el sujeto no realizó su conducta de acuerdo a la medida de dirección ideal, de lo cual era capaz, para impedir la realización de los efectos nocivos, es

decir con la prudencia necesaria, o bien si se actuó con falta de previsión de aquello que era por su naturaleza previsible para el hombre medio y que por ello tenía obligación de prever (culpa inconsciente o sin previsión) o si habiendo previsto el hecho típico, confió sin motivo, en que no se produciría (culpa consciente o con previsión)”.

Hay que tener presente que no todos los delitos admiten la forma culposa. Muchos tipos requieren necesariamente de una ejecución dolosa, es decir, sólo pueden actualizarse mediante una conducta dirigida subjetivamente a la realización típica.¹²

3.4 INCULPABILIDAD

En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Esta definición, expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautológica. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolucón del sujeto en el juicio de reproche.

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y 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. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad como aspecto subjetivo del hecho presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta a una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

¹² IBIDEM. p.253

3.4.1 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

El problema de la inculpabilidad escribe Fernández Doblado, representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades el error y la no exigibilidad de otra conducta. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.¹³

Nuestro Código penal vigente, con motivo de las reformas de 1993, publicadas en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, expresamente se refiere a la inexigibilidad en la fracción IX del artículo 15, al establecer que el delito se excluye cuando: “Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”.

3.4.1.1 ERROR E IGNORANCIA

El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad.

¹³ IBIDEM. p.258

Según los escolásticos: *veritas est adaequatio intellectus et rei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y de Derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; el accidental abarca: *aberratio ictus*, *aberratio in persona* y *aberratio delicti*.

El error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

Nuestra Ley Penal según reforma de 1983, publicada en 1984 concedía, sin embargo, importante papel al error de Derecho, al que también se le designa como error de prohibición. El ahora derogado artículo 59 bis disponía: Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad según la naturaleza del caso. Nótese que el precepto no atribuía a tal error o ignorancia el rango de excluyente de responsabilidad penal, sino sólo el de una modificativa favorable, atenuante de la pena.

La inclusión en nuestra Ley Penal del transcrito artículo 59 bis representó, a nuestro juicio, un acierto indiscutible; se dio un paso más para poner la ley en contacto con la vida real; la fórmula legal, de indiscutible valía, constituyó un avance considerable.¹⁴

¹⁴ IBIDEM. p 260

“El error esencial de hecho para tener efectos eximentes escribe Porte Petit, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial, nos dice Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal. O como enseña Antolisei, el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito. En concreto: en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo”.¹⁵

La doctrina contemporánea divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

Para nosotros el llamado error de tipo versa también sobre la antijuricidad. Quien en virtud de un error esencial e invencible cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el Derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Por ello definimos las eximentes putativas como las situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica para él, subjetivamente, es lícita. Ejemplo: El agente copula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por engaño, pero cree, fundadamente, que la mujer es mayor de dicha edad, en vista de acta de nacimiento falsa o equivocada; tal individuo y cualquier otro en el mismo caso estima lícito o permitido su proceder, pero en realidad se halla prohibido por la tipicidad normativa; se trata de un error sobre la antijuricidad de la conducta, aun cuando se le quiera denominar error de tipo.

¹⁵ IDEM.

3.4.1.2 ERROR EN LA LEY VIGENTE

Los especialistas últimamente prefieren hablar de error de tipo y error de prohibición, en lugar de error de hecho y error de derecho. Nuestro Código Penal, de acuerdo con las reformas publicadas en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, considera en la fracción VIII del artículo 15 como causa de exclusión del delito, “Realizar la acción o la omisión bajo un error invencible”: A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”. Por supuesto, quedó derogado el artículo 59 bis transcrito en líneas anteriores en donde se recogía limitadamente el error de derecho, no para excluir el delito, sino sólo como atenuante de la pena.

Sobre la nueva fracción VIII del artículo 15¹⁶, el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos, expresa que comprende tanto el error de tipo como el error de prohibición incluyendo en éste el de permisión; el error de tipo en el inciso A); el de prohibición, o error de derecho, se enmarca en el B) y se da cuando el agente realiza la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya porque desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, observándose, desde luego, el cambio tan notable adoptado por la ley penal al aceptar sin cortapisas y abiertamente el error de derecho como causa de exclusión del delito, lo que con evidencia es una novedad en nuestro derecho punitivo. La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante conocer el hecho que realiza, está ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto... se precisa que dicho error sea invencible o insuperable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para

¹⁶ ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:

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

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable... En el propio inciso B) se acoge el llamado error de permisión, si el sujeto se encuentra en un error invencible, por creer que su conducta se encuentra justificada.¹⁷

3.4.1.3 ERROR ACCIDENTAL

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

Antes de las reformas, innecesariamente nuestro Código penal se refería al error accidental en la fracción V del ahora derogado artículo 9, ya que el error de esta naturaleza es ineficaz para borrar la culpabilidad; sólo tiene relevancia para variar el tipo del delito, como en el homicidio en razón de parentesco. Así, por ejemplo, si alguien queriendo dar muerte a su padre, al disparar mata a otra persona, entonces no queda integrado este tipo delictivo sino simplemente el de homicidio; por ende, el error accidental, si bien no elimina la responsabilidad del agente impide, sin embargo, que puedan serle aplicadas las severas penas del homicidio en razón de parentesco, beneficiándose con las menos enérgicas del homicidio.¹⁸

¹⁷ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 263

¹⁸ IBIDEM. p.265

3.4.1.4 OBEDIENCIA JERÁRQUICA

Aún sigue discutiéndose la verdadera naturaleza jurídica de la eximente por obediencia jerárquica. En verdad en ella hay que distinguir diversas situaciones.

1° Si el subordinado tiene poder de inspección sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta, su actuación es delictuosa, por ser el inferior, al igual que el superior, súbdito del orden jurídico. y si conoce la ilegitimidad debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda.

2° Si el inferior posee el poder de inspección, pero desconoce la ilicitud del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad en virtud de un error esencial de hecho.

3° El inferior, conociendo la ilicitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; se integra una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional o una no exigibilidad de otra conducta.

4° Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta; el Derecho en esas condiciones está más interesado en la ciega obediencia del inferior, que en la excepcional posibilidad de que el superior ordene algo delictuoso. Esto sucede lo mismo si el subordinado conoce o desconoce la ilicitud, pues el Estado impone al inferior como un deber cumplir las órdenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la conducta ordenada. Tal acaece con los miembros del Ejército, en donde importa más la disciplina, con independencia de los delitos que eventualmente resulten. En el Instituto Armado, el Estado, la propia sociedad, esperan incondicional obediencia jerárquica de los miembros del mismo. Si en estos casos el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, se integra una causa de justificación y no hay delito por estar ausente la antijuricidad. La justificación por obediencia jerárquica se equipara a la de cumplimiento de un deber.

En contra se dice que la antijuricidad valora la conducta en su aspecto puramente externo, objetivo, y el mismo acto no puede ser jurídico para quien obedece y antijurídico para el que manda. Lo objetivo debe apreciarse en el hecho, comprensivo de la conducta y también del resultado.

Con motivo de la Reforma Penal publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica no figura expresamente entre las causas de exclusión del delito; la hipótesis de error del subordinado queda comprendida en la nueva fracción VIII del artículo 15; la relativa a la actuación del inferior para evitar graves consecuencias, hará operar una no exigibilidad de otra conducta (fracción IX); cuando se obedezca la orden por cumplimiento del deber de obediencia, el caso encuadra en la amplia fórmula de la fracción VI de dicho precepto.¹⁹

3.4.1.5 EXIMENTES PUTATIVAS

Existen sin duda causas de inculpabilidad aun cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente; esto es, si resulta dable extraerlas del Ordenamiento positivo. Según nuestro Código Penal Federal, los delitos son dolosos y culposos (Art. 8); es decir, se integran tan sólo si se llenan las formas de la culpabilidad: dolo o culpa. Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto y ese desconocimiento es en virtud de un error esencial e insuperable, o poseyendo esa conciencia ejerce una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable. En este caso se hallan las eximentes putativas, ahora reguladas como segunda hipótesis, en el inciso B) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal. Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo.

¹⁹ IBIDEM. 267

Inexplicablemente suele limitarse el alcance de un grupo de las eximentes putativas a la legítima defensa putativa; nada autoriza tal proceder; participan de la misma naturaleza todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto considera de manera fundada, encontrarse ante una causa de justificación. Por ello al lado de la legítima defensa putativa deben ser estudiados el estado necesario putativo, el deber y derechos legales punitivos, etc.²⁰

3.4.1.6 LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Suelen lanzarse censuras a quienes denominamos a esta excluyente de culpabilidad legítima defensa putativa por anteponer la palabra legítima. Se dice que debe hablarse simplemente de defensa putativa, porque el sujeto al actuar protegido por la eximente no obra legítimamente, sino de manera inculpable pero antijurídica. Para nosotros esta institución técnicamente debe llamarse legítima defensa putativa o imaginaria; su esencia misma radica en la creencia por parte del sujeto, de que su actitud es legítima. Fundada, pero erróneamente, supone obrar con derecho, hallarse ante una defensa legítima mediante la cual repele, conforme a la permisión legal, una injusta agresión. De lo contrario si en la mente del sujeto su actuación no es legítima no puede operar la eximente, ni por tanto impedir la configuración del delito.

Concepto. Existe legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. Para Jiménez de Asúa. la defensa putativa se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro.

José Rafael Mendoza expresa que la defensa putativa existe cuando el sujeto supone, erróneamente, encontrarse ante una agresión injusta. En la legítima defensa putativa la culpabilidad está ausente por falta del elemento moral del delito en función del error esencial de hecho.

²⁰ IBIDEM. p. 268

La actuación del agente es antijurídica por que, por hipótesis no existe la causa real motivadora de una justificación esta observación vale para todas las eximentes putativas, que en el caso sería la agresión actual, violenta, injusta, etc.; en tales condiciones, la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria al Derecho; pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico. Para obrar alguien dolosamente precisa que haya conocido y previsto las circunstancias de hecho señaladas como relevantes en el tipo penal y tener conciencia de la significación antijurídica de su conducta. Se requiere, como dice Jiménez de Asúa, el conocimiento de que se quebranta el deber. Si falta ese conocimiento no puede existir el dolo; el agente actúa motivado por un error esencial de hecho insuperable, invencible.²¹

3.4.1.7 LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA RECÍPROCA

Técnicamente no hay inconveniente para admitir la legítima defensa putativa recíproca. En forma excepcional dos personas, al mismo tiempo y por error esencial, pueden creerse, fundadamente, víctimas de una injusta agresión. Entonces la inculpabilidad operaría para las dos partes, por hallarse ambos sujetos ante un error de hecho, invencible, con la convicción de obrar, respectivamente, en legítima defensa, sin que en la realidad existan las agresiones simultáneas, mas en la práctica es difícil encontrar un caso que reúna tales condiciones.

3.4.1.8 LEGITIMA DEFENSA REAL CONTRA LA PUTATIVA

Si el sujeto que por error cree obrar en legítima defensa, con el propósito de repeler la imaginaria agresión, acomete efectivamente a quien considera su injusto atacante, éste puede, a su vez, reaccionar contra la acometida cierta, la cual, si bien inculpable, es evidentemente antijurídica; por eso en su contra puede oponerse la legítima defensa real, atento el carácter objetivo de las causas de justificación. A uno de los protagonistas le beneficiará una causa de inculpabilidad y al otro una justificante.

²¹ IBIDEM. p. 269

3.4.1.9 DELITO PUTATIVO Y LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

No debe confundirse el delito putativo con la legítima defensa putativa. En aquél, el sujeto imagina que comete una infracción punible, pero en realidad su actuación no es típica; por eso para Soler el delito putativo es la contrapartida de la defensa putativa, ya que en él se cree obrar antijurídicamente, en tanto en la defensa imaginaria se supone actuar jurídicamente.

3.4.1.10 ESTADO NECESARIO PUTATIVO

Valen las mismas consideraciones hechas para la legítima defensa putativa, pero conviene insistir en que, como en todos los casos de inculpabilidad por error esencial de hecho, éste debe ser invencible y fundado en razones suficientes, aun cuando aceptable para la generalidad de los hombres y no sólo para los técnicos o especialistas. Precisa además la comprobación de que, si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el agente lo hubiera intentado. Para tener el error resultados eximentes, debe ser esencial, razonable; de lo contrario no produce efectos eliminatorios de la culpabilidad, pues deja subsistente el delito, al menos en su forma culposa. La base para la solución de los problemas que pueden plantearse, debe darla el análisis de la culpabilidad para precisar si el error ha sido capaz de eliminar el elemento intelectual, por falta de conocimiento del agente sobre la antijuridicidad de su conducta.

3.4.1.11 DEBER Y DERECHOS LEGALES PUTATIVOS

Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente. Si el error reúne las condiciones ya antes señaladas, no habrá delito por ausencia de culpabilidad. Tal es el caso del funcionario o del policía ignorante de su cese, si considera cumplir con su deber al realizar los actos correspondientes a una autoridad de la cual carece.

3.4.1.12 NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Con la frase “no exigibilidad de otra conducta”, se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación espacialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: “Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico”. El mismo tratadista afirma: “...La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos”.

Ya expresamos nuestro punto de vista sobre la no exigibilidad de otra conducta en donde hicimos notar que para desaparecer la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

A raíz de las reformas al Código penal publicadas en 1994, se reglamenta en forma destacada la inexigibilidad en el artículo 15: “El delito se excluye cuando: IX. “Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”.

Desde un punto de vista exclusivamente formal, cuenta habida del texto legal, la no exigibilidad de otra conducta impide la configuración del delito y no sólo excluye la pena.²²

3.4.1.13 TEMOR FUNDADO

El vigente Código Penal Federal reformado ya no reglamenta expresamente el temor fundado entre las causas de exclusión del delito, que antes recogía la fracción VI del artículo 15 entre las excluyentes de responsabilidad: “...el temor fundado e 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”. Como en realidad se trata de la vis compulsiva o coacción moral, queda comprendida como un caso de no exigibilidad de otra conducta (Art. 15-IX). Para la mayor parte de los especialistas, el temor fundado es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado, según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroico.

3.4.1.14 ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS

Por reforma al Código Penal Federal, quedó derogada la fracción IX del artículo 15 que consideraba excluyente de responsabilidad: “Ocultar al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de: a) Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo; y, c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad”.

²² IBIDEM. p. 272

Al comentar la disposición expresábamos que, para nosotros, se trataba de una excusa absolutoria por no exigibilidad de otra conducta y aclarábamos que la no exigibilidad anula en algunos casos la culpabilidad, mientras en otros la punibilidad, como ocurre en el encubrimiento de parientes y allegados, pues no advertíamos cuál elemento de la culpabilidad se afectaba.

La reforma, al derogar la mencionada fracción IX y ubicar la cuestión en el artículo 400, confirma nuestro punto de vista, en el sentido de que estamos frente a una verdadera excusa absolutoria. El nuevo dispositivo establece en la fracción III que comete el delito de encubrimiento quien “Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe”; en la parte final del precepto se establece: “No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles”. La fracción IV consagra el caso de quienes requeridos por las autoridades no presten auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

Mientras el texto anterior contenido en la fracción IX del artículo 15 ahora derogado, exigía que la conducta del agente no obedeciera a un interés bastardo, la nueva fórmula ubicada en el artículo 400 requiere que el encubrimiento derive de “motivos nobles”. Además, se amplía la excusa al comprender ahora a la concubina y al concubinario, pero se restringe su alcance, porque ya no se beneficia a quien oculte efectos, objetos o instrumentos del delito.²³

²³ IBIDEM. p.273

3.4.1.15 ESTADO DE NECESIDAD TRATÁNDOSE DE BIENES DE LA MISMA ENTIDAD

Hemos reservado para este lugar el estudio de un caso del estado necesario, a saber: cuando los intereses en conflicto son de un valor equivalente. Ya dijimos que si los bienes son desiguales, sólo cuando el sacrificado sea el de menor entidad, se integrará una causa de justificación; el Derecho, ante la imposibilidad de conservar ambos, permite, aun con pérdida del menor, la salvación del de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, la doctrina presenta diversas soluciones. Según algunos, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta; para otros debe existir un perdón o una excusa, pues el Estado no puede exigir el heroísmo. En resumen: La conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, no es delictuosa o no es punible; debe operar en su favor una causa de inculpabilidad, según algunos, o un perdón o una excusa absolutoria, según otros, pues el Poder Público no puede exigir al sujeto, en el caso, otro modo de obrar.

En esta tesis se hizo referencia a que el estado de necesidad sólo integra una causa de justificación que excluye la antijuricidad, cuando se sacrifica un bien menor para salvar otro de mayor entidad; rige el principio del interés preponderante. Si los intereses en conflicto son iguales no opera una justificante, sino una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta o bien, con el mismo fundamento, una excusa absolutoria impositiva de la punibilidad.

Ahora, formalmente al menos, a partir de las Reformas de 1993, publicadas el 10 de enero de 1994, la situación queda inmersa entre las causas que excluyen el delito; el artículo 15 dispone: “El delito se excluye cuando: V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

Si la ley en la fracción transcrita no hiciera como lo hace expresa referencia al estado necesario, tratándose de bienes del mismo valor, la hipótesis sería ubicable en la amplia fórmula de la inexigibilidad, recogida por la fracción IX del mismo precepto como causa de exclusión del delito.²⁴

²⁴ IBIDEM. p.274

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

4.1 NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD

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

En resumen, punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Adviértase cómo en materia penal el Estado reacciona mucho más enérgicamente que tratándose de infracciones civiles o de otro tipo; obra drásticamente al conminar la ejecución de determinados comportamientos con la aplicación de las penas.¹

Aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Dice Porte Petit: “Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo”.

¹ IBIDEM. p.276

Para Villalobos, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible.

En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuricidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos, para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc.²

Por otra parte, al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, dijimos que hay infinidad de actos de hecho sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias, administrativas o meras faltas. Adviértase, además, que la definición del delito es innecesaria en los códigos. En nada se alteraría nuestro sistema penal si se eliminara el artículo 7. El mismo profesor Porte Petit ha elaborado proyectos de Códigos Penales para algunos Estados de la República y para el Distrito y Territorios Federales y ha suprimido en los mismos la definición del delito tal es el caso en el Código del Estado de Guanajuato.

Celestino Porte Petit, después de nuevas y fecundas investigaciones, decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito.³

² IBIDEM. p.277

³ IBIDEM. p. 278

A continuación una breve referencia a la condicionalidad objetiva. Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada.

Por otra parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Urge una correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica. Generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, Como ejemplo suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; nótese cómo este requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito.⁴

Para Guillermo Colín Sánchez, existe identidad entre las “cuestiones prejudiciales” y las “condiciones objetivas de punibilidad”, así como con los “requisitos de procedibilidad”. Textualmente expresa: “Quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal”.⁵

4.2 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.

⁴ IDEM.

⁵ IDEM. infra

En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

4.3 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Nos ocuparemos a continuación de las excusas absolutorias de mayor importancia.

a) Excusa en razón de mínima temibilidad. El artículo 375 del Código Penal Federal vigente establece que “Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia”.⁶ La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

b) Excusa en razón de la maternidad consciente. El artículo 333 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Según González de la Vega, la impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar dice Eugenio Cuello Calón, imponer a la mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerde eternamente el horrible episodio de la violencia sufrida. Para la operancia de la impunidad se requiere la demostración previa del atentado sexual, aun cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno en contra del violador.

⁶ REFORMADO, D.O.F. 29 DE DICIEMBRE DE 1981

En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, mas se mantiene incólume la calificación delictiva del acto. Con acierto expresa Ricardo Abarca que el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte dada en el feto, pero se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad.

c) Otras excusas por inexigibilidad. En el capítulo anterior quedó estudiado cómo el encubrimiento de parientes y allegados fundado, a nuestro juicio, en la no exigibilidad de otra conducta, a pesar de ser una verdadera excusa absolutoria, antes de las reformas de 1985 era considerado como circunstancia excluyente de responsabilidad al identificársele como causa de inculpabilidad; pero que a partir de esas reformas y debido tanto a la derogación de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal como a la inclusión de casi todo su contenido en un nuevo párrafo del artículo 400, se le ha reconocido su verdadera naturaleza de excusa absolutoria; debe aclararse que ahora estos supuestos tan sólo se circunscriben al ocultamiento del infractor ya la omisión de auxilio para investigar los delitos o perseguir a los delincuentes, excluyendo el ocultamiento de los efectos, objetos o instrumentos del delito, ya no considerados en la nueva redacción. Por el contrario y en lo referente a los sujetos, debe advertirse cómo actualmente el inciso b) de la fracción V del artículo 400⁷ se amplía para favorecer también tanto a la concubina como al concubinario. Asimismo se suprimen las condiciones de no emplear algún medio delictuoso ni mediar interés bastardo, el cual se sustituye por los vínculos derivados de “motivos nobles”.

⁷ ARTICULO 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:
Fracción V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.
No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:
a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo...

Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280, fracción II y 151 del Código Penal Federal. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria, se halla en la fracción IV del artículo 247 del mismo cuerpo legal: se refiere a la falsa declaración de un encausado.

La propia Constitución protege al inculpado con una rica gama de garantías; por ende, el Estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir un obrar diferente. Adviértase, sin embargo, la dificultad de realización de la hipótesis, porque tratándose del acusado no se le toma protesta y según nuestra Ley, la falsedad debe hacerse precisamente previa protesta de decir verdad, para integrar el delito cuya pena, en la especie, se excusa; pero su verdadera naturaleza es de una causa de justificación, pues el artículo 20 de la Constitución concede al acusado el derecho de expresar lo que considere conveniente. El mismo ordenamiento alude al caso de quien es examinado sobre la cantidad en la cual estima una cosa y falta a la verdad. Aquí no existe razón para la excusa; si el que falta a la verdad cree, por error, manifestar lo cierto, indudablemente no comete delito.⁸

d) Excusa por graves consecuencias sufridas. Por una comprensión indulgente y humanitaria, así como en función de los verdaderos fines de la pena, en la reforma penal de 1983 adicionada por la de diciembre de 1991, se establecen excusas absolutorias o formas de perdón judicial en el artículo 55⁹:

⁸ Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito el documento o afirmando un hecho falso o alternando o negando uno verdadero, o sus circunstancias sustanciales. Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que se estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado. CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 281

⁹ REFORMADO, D.O.F. 26 DE MAYO DE 2004. Artículo 55.- Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad.

En todo caso la valoración por parte del juez se apoyará en dictámenes de peritos.

“Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos”.¹⁰

Evidentemente el precepto captaba los casos en los cuales el sujeto activo sufre graves daños en su persona, de tal manera que sea hasta inhumana la imposición de la pena, o innecesaria, tratándose de personas de avanzada edad o precaria salud.

Mediante Decreto de 23 de diciembre de 1993 publicado en el Diario oficial de 10 de enero de 1994, en el artículo 321 Bis se establece una excusa absolutoria para quien culposamente cause lesiones u homicidio a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.¹¹

4.4 NOCIÓN DE PENA

Muchas definiciones se han dado sobre la pena; nosotros sólo señalaremos algunas.

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (C. Bernaldo de Quirós).

El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón).

Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.

¹⁰ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 282

¹¹ IDEM.

Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt).

La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.(Fernando Castellanos)

Aceptadas la fundamentación y la necesidad del orden jurídico, se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena. A tres pueden reducirse: absolutas, relativas y mixtas.

4.4.1 TEORÍA ABSOLUTA DE LA PENA

Para esta concepción, la pena carece de una finalidad práctica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado; de ahí que estas orientaciones absolutas, a su vez, se clasifiquen en reparatorias y retribucionistas.

4.4.2 TEORÍA RELATIVA DE LA PENA

A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.

4.4.3 TEORÍA MIXTA DE LA PENA

Esta teoría, dice Eusebio Gómez, intenta la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. De todas las teorías mixtas, la más difundida es la de Rossi, quien toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social.

La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad.

Eugenio Cuello Calón parece adherirse a las teorías mixtas, al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen: el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.

Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.

Indudablemente el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla, debe ser intimidatoria. es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia; eliminatoria, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, justa, pues la injusticia acarrearía males mayores, no sólo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

De igual modo Villalobos señala como caracteres de la pena los siguientes: debe ser afflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal; variada y elástica.

4.5 CLASIFICACIÓN DE LA PENA

Por su fin preponderante, las penas se clasifican en intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

Por el bien jurídico que afectan, o como dice Carrancá y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, pueden ser: contra la vida (pena capital); corporales (azotes, marcas, mutilaciones); contra la libertad (prisión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado); pecuniarias (privan de algunos bienes patrimoniales, como la multa y la reparación del daño); y contra ciertos derechos (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.).

En cuanto a la pena de muerte; no hay unanimidad entre los que están a favor y los que están en contra de la aplicación de la pena de muerte como consecuencia a la comisión de un delito, quienes han aportado innumeró de criterios para fundamentar una y otra postura, y en la práctica, depende de su legal reconocimiento para poder ser aplicada, al tenor del principio *nulla poena sine lege*.

Asimismo las penas corporales son aquéllas que tienen por objeto provocar un sufrimiento físico en el condenado (mutilación, azotes, apaleo, etcétera), características del antiguo Derecho Penal.

De igual manera se hace mención a la pena contra la libertad es la reclusión permanente en diversos grados, impuesta en un establecimiento que está organizada conforme a un sistema celular o filadélfico: aislamiento absoluto de día y noche, exclusión del trabajo, se esperaba la enmienda por la soledad provocada; mixto, auburniano o silent

system, separación de noche, trabajo común de día, bajo absoluto silencio mantenido a latigazos; progresivo o separate system, primero, aislamiento absoluto, luego trabajo en común, seguido de libertad condicional, progresión que dependía de los efectos observados; de reformatorios que buscan la corrección y reeducación del condenado a una pena indeterminada, se refuerza su cultura física y espiritual, introduce la libertad bajo palabra y el gobierno interno del que participan los reos; de clasificación, en que el lugar de reclusión y sus condiciones dependerán de las características del penado y de la pena, así se distingue según el origen urbano o rural, el grado de educación o instrucción, el delito cometido, la primodelincuencia o habitualidad, la peligrosidad y la duración de la pena, o establecimientos penitenciarios abiertos, en los que existe un régimen de autodisciplina, basado en la responsabilidad de los penados, no existe guardia armada, muros rejas ni cerraduras; en el que se está privado de la libertad, determinado a un régimen de vida específico. También son contra la libertad la *relegación* que es el envío del delincuente a una colonia o centro de población apartado de la metrópoli; el *confinamiento* que es la obligación de permanecer en determinado lugar por tiempo fijo, y la *prohibición de ir a lugar determinado* que lleva anexas la amonestación y la vigilancia de la policía.

Así pues la pecuniarias van en perjuicio del patrimonio del delincuente y puede ser la multa obligación de entregar al Estado una cantidad de dinero legalmente determinada o determinable generalmente establecida para los delitos cometidos por personas que gozan de cierta fortuna, o como sustitución a las penas privativas de libertad cortas; la reparación del daño atento al derecho de la víctima a que el daño que se le causó le sea resarcido, restituyendo la cosa o pagando su precio si aquel fue material, o indemnizando si fue de naturaleza moral teniendo aquí cabida también la publicación especial de sentencia, o la pérdida de los instrumentos del delito, confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas.

Y las penas contra ciertos derechos se imponen para la prohibición de ejercer determinado derecho o para dejar de ejercerlo en miras a que en uso de ese derecho fue que se cometió el delito o que se podría cometer si lo ejerciera, están la destitución o suspensión de funciones o empleos, la suspensión del derecho al sufragio, etcétera.

El artículo 24 del Código Penal establece: Las penas y medidas de seguridad son: 1.- Prisión. 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. 4.- Confinamiento. 5.- Prohibición de ir a lugar determinado. 6.- Sanción pecuniaria. 7.- (derogado, d.o.f. 13 de enero de 1984). 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. 9.- Amonestación. 10.- Apercebimiento. 11.- Caución de no ofender. 12.- Suspensión o privación de derechos. 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. 14.- Publicación especial de sentencia. 15.- Vigilancia de la autoridad. 16.- Suspensión o disolución de sociedades. 17.- Medidas tutelares para menores. 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. Y las demás que fijen las leyes.

Respecto a la prisión, el legislador mexicano establece sólo ésta en unas ocasiones; en otras, en forma copulativa la prisión y la multa por último, alternativamente la prisión o la multa; y en este último caso no procede la prisión preventiva, según dispone el artículo 162 del Código Federal de Procedimientos Penales.¹²

De entre las penas señaladas merece reflexión la sanción pecuniaria pues comprende la multa y la reparación del daño tal como aparece en la reforma del 13 de enero de 1984 del artículo 29 del Código Penal Federal mismo que dice la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

¹² ARTICULO 162.- Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o esté sancionado con pena alternativa, se dictará auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha de seguir el proceso CASTELLANOS TENA ob.cit. p.321

Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación.

Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad.

Cada jornada de trabajo saldará un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos.

Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión”.

Según artículo 34, La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.¹³

Así pues el incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo. Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales. Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente. “Este dispositivo permite apreciar que la reparación del daño unas veces es pena y otras pierde tal carácter, lo cual resulta contradictorio. En realidad, por su naturaleza, la reparación del daño no puede ser una pena; ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 91 del Código represivo. Si admitiéramos como pena pública tal reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la Constitución. Urge, pues, retornar a los sistemas anteriores, dejando al campo del Derecho Civil el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito.¹⁴

¹³ ADICIONADO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994

¹⁴ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 324

4.6 MEDIDAS DE SEGURIDAD

Reina la confusión entre los especialistas sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad; a ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones. El Código Penal Federal y casi todos los de la República, a veces emplean, sin embargo, los vocablos pena y sanción como sinónimos.

La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc.

Acertadamente señala Villalobos, que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aun cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia sociales; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica. Insiste el mismo autor en que las medidas de seguridad miran sólo a la peligrosidad y, por ende, pueden aplicarse no únicamente a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley. Hace notar Villalobos, cómo las medidas de seguridad no son recursos modernos, según de ordinario se cree, sino procedimientos de antigua raigambre, contenidos, desde luego, en el Código de 1871, de corte netamente clásico.

4.7 INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

El Código vigente señala penas con dos términos, uno mínimo y otro máximo, dentro de los cuales puede moverse el arbitrio del sentenciador. El Ordenamiento en sus artículos 51 y 52, fija bases al juez para graduar la sanción en cada caso. El primero de esos preceptos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrán en cuenta “las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente¹⁵; el 52 ordena que el juez fijará las penas y medidas de seguridad, con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta la magnitud del daño causado o del peligro corrido; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para la ejecución; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima; la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Indica el precepto que cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta además, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.¹⁶

¹⁵ REFORMADO PARRAFO PRIMERO, D.O.F. 18 DE DICIEMBRE DE 2002

ARTICULO 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

¹⁶ ARTICULO 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

(REFORMADA, D.O.F. 18 DE DICIEMBRE DE 2002)

Específicamente, para delitos cometidos por servidores públicos, se impone al juzgador, al individualizar la pena, la obligación de considerar otros elementos, relacionados con la situación que guarde el servidor público en cuanto a su empleo o cargo y la necesidad de reparar los daños y perjuicios.¹⁷ (Artículo 213 del Código Penal Federal.)

En reciente reforma se establece que toda sanción privativa de libertad se reducirá en un día por cada dos de trabajo.¹⁸ La libertad preparatoria procede, como se verá enseguida, cuando ya se ha cumplido una parte de la condena.

4.8 CONDENA CONDICIONAL

La condena condicional, de remotos antecedentes en el Derecho Canónico, proviene en la actualidad de los Estados Unidos del Norte (1859), de donde pasó a Europa ya otros países de América. Se estableció por vez primera en 1929 en el Distrito Federal en el Código Almaraz, pero en la República fue en la Ley de San Luís Potosí en donde inicialmente se instituyó (1921).

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

¹⁷ ARTICULO 213.- Para la individualización de las sanciones previstas en este Título, el Juez tomará en cuenta, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

¹⁸ LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACION SOCIAL DE SENTENCIADOS. PÁRRAFO PRIMERO ARTICULO 16.- Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado; de lo contrario se le hace cumplir la sanción señalada.

El artículo 90 del Código Penal Federal, preceptúa que la condena condicional suspende la ejecución de la sanción impuesta por sentencia definitiva. Podrá suspenderse a petición de parte o de oficio, cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años, se trate de delincuentes primarios que hayan observado buena conducta, tengan modo honesto de vivir y otorguen fianza para asegurar su presentación ante las autoridades que los requieran. Según la fracción VII del artículo aludido, si durante el término de duración de la pena, contado desde la fecha de la sentencia ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla.¹⁹

¹⁹ ARTICULO 90.- El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas:

I.- El juez o Tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente (sic) la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones:

- a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años;
- b) Que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso, haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible y que la condena no se refiera a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código, y
- c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.
- e) .- Derogado

II.- Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá:

- a).- Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido;
- b).- Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia;
- c).- Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos;
- d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y
- e).- Reparar el daño causado.

Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá, en el plazo que se le fije, esta obligación.

III.- La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa, y en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverán discrecionalmente según las circunstancias del caso.

IV.- A los delincuentes a quienes se haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo prevenido en el mismo.

V.- Los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

Podrá ser negado el citado beneficio, a pesar de tratarse de penas privativas de libertad menores de cuatro años y de delincuentes primarios, si en la causa obran datos que permitan presumir que el condenado volverá a delinquir.

La condena condicional puede ser obtenida aun después de pronunciada una sentencia condenatoria. De acuerdo con la fracción X del artículo 90 del Código Penal, el reo tiene posibilidad de que le sea concedido dicho beneficio, promoviendo ante el juez de la causa la apertura del incidente respectivo.²⁰

4.9 LIBERTAD PREPARATORIA

La libertad preparatoria se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. El Código Penal Federal establece esta institución en sus artículos 84, 85, 86 y 87, en donde señala las bases para la concesión de la libertad por parte del Ejecutivo. Esas exigencias son, fundamentalmente, que se trate de penas privativas de libertad mayores de dos años; el sentenciado al cumplir la parte relativa de su condena haya observado los reglamentos carcelarios; una persona

VI.- En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los términos de este artículo, la obligación de aquél concluirá seis meses después de transcurrido el término a que se refiere la fracción VII, siempre que el delincuente no diere lugar a nuevo proceso o cuando en éste se pronuncie sentencia absolutoria. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar desempeñando el cargo, los expondrá al juez a fin de que éste, si los estima justos, prevenga al sentenciado que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarle, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo verifica. En caso de muerte o insolvencia del fiador, estará obligado el sentenciado a poner el hecho en conocimiento del juez para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresa en el párrafo que precede.

VII.- Si durante el término de duración de la pena, desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito doloso que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será consignado como reincidente sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de este Código. Tratándose del delito culposo, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida;

VIII.- Los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el término a que se refiere la fracción VII tanto si se trata del delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia firme;

IX.- En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento de que, si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción.

X.- El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa.

²⁰ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p.325

solvente vigile la conducta del reo e informe de la misma a la autoridad y otorgue fianza para garantizar la presentación de su fiado; el reo adopte oficio o profesión; resida en el lugar que se le señale y haya reparado el daño causado por su delito u otorgado fianza para garantizar esa reparación. Si el agraciado con la libertad preparatoria observare mala conducta o dejare de cumplir con los requisitos respectivos, se le hará extinguir toda la parte de la condena privativa de libertad de la cual se le había hecho gracia.²¹

²¹ ARTICULO 84.- Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, que hubiere cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos: I.- Que haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia; II.- Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y III.- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego. Llenados los anteriores requisitos, la autoridad competente podrá conceder la libertad, sujeta a las siguientes condiciones: a).- Residir o, en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación de lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia (sic) de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda. b).- Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia; c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes: psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; d).- Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.

ARTICULO 85.- No se concederá la libertad preparatoria a: I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan: a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso; c) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; d) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320; f) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter.; g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter; h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 bis, o j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, o II. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso, o sean considerados delincuentes habituales. Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo de este Código, la libertad preparatoria sólo se concederá cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que la garantice.

ARTICULO 86.- La autoridad competente revocará la libertad preparatoria cuando: I. El liberado incumpla injustificadamente con las condiciones impuestas para otorgarle el beneficio. La autoridad podrá, en caso de un primer incumplimiento, amonestar al sentenciado y apercibirlo de revocar el beneficio en caso de un segundo incumplimiento. Cuando el liberado infrinja medidas que establezcan presentaciones frecuentes para tratamiento, la revocación sólo procederá al tercer incumplimiento, o II. El liberado sea condenado por nuevo delito doloso, mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso la revocación operará de oficio. Si el nuevo delito fuere culposo, la autoridad podrá, motivadamente y según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria. El condenado cuya libertad preparatoria sea revocada deberá cumplir el resto de la pena en prisión, para lo cual la autoridad considerará el tiempo de cumplimiento en libertad. Los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere la fracción II de este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción.

No debe confundirse la libertad preparatoria con la libertad provisional mediante caución. La preparatoria la concede el Poder Ejecutivo a los condenados que, como se ha visto, hayan cumplido buena parte de la pena privativa de libertad; en cambio, la libertad provisional se otorga por el juez a los procesados para que no sufran prisión mientras dura el proceso. La libertad provisional mediante caución no procede en todos los casos, según la reformada fracción I del artículo 20 de la Constitución.

Sin embargo, según reformas a los Códigos de Procedimientos Penales Federal, es dable otorgar la libertad caucional, aun cuando el término medio aritmético de la pena rebase los cinco años, excepto en los casos que el respectivo dispositivo señale.²²

En el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de julio de 1996, en vigor al día siguiente de su publicación, aparecen reformas a la fracción I del artículo 20 de la Constitución, en el sentido de que inmediatamente que lo solicite el inculpado, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.²³

ARTICULO 87.- Los sentenciados que disfruten de libertad preparatoria, quedarán bajo el cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

²² Consulta de Código Penal de Procedimientos Federal: ARTICULO 399.- Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos: I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo; II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y IV.- Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194. La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido.

²³ CASTELLANOS TENA. ob.cit. p. 332

4.10 CONMUTACION Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA

El Código Penal vigente, tratándose de delitos políticos, establece en el artículo 73 que el Ejecutivo podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable. Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión, y si fuera la de confinamiento, se conmutará en multa, a razón de un día de aquél, por cada día de multa.

Los delitos políticos son los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos (Art. 144 del Código Penal). El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo hará la designación del lugar, pero cuando se trate de delitos políticos, la designación será hecha por el juez que dicte la sentencia (Art. 28 del Código Penal Federal). El Código punitivo se refiere a otro caso de conmutación en el artículo 75, relativo a las personas imposibilitadas para cumplir alguna modalidad de la sanción impuesta, en cuyo caso la autoridad ejecutora podrá modificarla sin alterar su esencia. Respecto de la pena de prisión, puede ser sustituida por el juzgador por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando no exceda de cinco años; por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de cuatro años o, por multa, si no excede de tres años (es sustitutivo el Artículo 70 del Código Penal Federal).

Existen dos hipótesis donde la sustitución de la pena no es dable: a) cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y b) que el agente sea condenado por alguno de los siguientes delitos del Código Penal Federal: uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320; secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los casos previstos en los párrafos antepenúltimo y penúltimo de dicho artículo;

comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368; robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; robo, previsto en el artículo 371, último párrafo, 372 y 381 fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previstos en el artículo 400 bis.²⁴

²⁴ IBIDEM. p. 334

CAPÍTULO QUINTO

ITER CRIMINIS

5.1 ITER CRIMINIS

El delito es un fenómeno psíquico-físico, ya que puede surgir en la mente del autor, se exterioriza a través de la ejecución de una acción que puede producir un resultado. Este camino que sigue el delito se llama iter criminis, que va desde la idea delictiva hasta la consumación del delito, trayecto en el que pueden distinguirse varios momentos que se ubican en dos fases.

5.1.2 FASE INTERNA

Incluye la ideación, la deliberación y la preparación, fenómenos que sólo se dan en los delitos cometidos dolosamente. Permanece esta etapa en el claustro de la mente y mientras no haya manifestación alguna no hay relevancia para el Derecho Penal, atentos al principio cogitationen poenam nemo patitur, pues debe tenerse presente que el delito es, antes que nada, acción.

5.1.3 FASE EXTERNA

En esta fase ya se ha manifestado la idea delictiva y comienza a realizarse objetivamente y va desde la simple manifestación de que el delito se realizará, hasta la consumación del mismo:

Proposición, conspiración, provocación, incitación, inducción: el sujeto busca coordinarse con otros para poder llevar a cabo la acción delictiva.

Amenazas es un caso especial de la manifestación verbal de la intención delictuosa en que se da a entender que se producirá un cierto daño en contra de una persona determinada.

Actos preparatorios, es la manifestación externa del propósito delictivo por medio de actos materiales adecuados para cometer la acción delictiva, cuando no son adecuados se presenta la preparación putativa. En este momento no hay univocidad, es decir, los actos preparativos no revelan con claridad y precisión la voluntad de delinquir, no hay aún violación de la norma penal y revelan escasa peligrosidad.

5.1.4 TENTATIVA

Tentativa, en este momento se requiere ya que la ejecución de los actos idóneos sean inequívocamente tendientes a la producción de un delito, pero sin llegar a su consumación por circunstancias propias o ajenas a la voluntad del agente, por lo que la no realización del resultado delictivo es su condición y su esencia es la realización del principio de ejecución del mismo.

Tentativa inacabada (delito intentado) se da cuando el agente suspende por propia voluntad los actos de ejecución que consumirían el delito. Generalmente no es punible.

Tentativa acabada (delito frustrado) se da cuando el sujeto activo realiza todos los actos de ejecución tendientes a la producción del resultado antijurídico, pero por causas ajenas a su voluntad éste no se lleva a cabo. Cuando interviene efectivamente una causa externa para suspender la comisión del delito, se habla frustración propia, y cuando el resultado no es posible aún con la ejecución de todos los actos idóneos, por una radical imposibilidad (la ausencia del bien jurídico tutelado, v. gr.), se está ante el delito imposible. Es, en todo caso, punible.

El Código Penal Federal, en su capítulo segundo, reza: Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

5.1.4.1 APLICACIÓN DE SANCIONES EN CASO DE TENTATIVA

El Código Penal Federal en su título tercero en la parte de la aplicación de sanciones en su capítulo III se aplican sanciones en caso de tentativa como lo expresa en el Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

5.1.5 DELITO CONSUMADO

En el delito consumado la acción ya ha reunido todos los elementos que integran el tipo penal, se adecua perfectamente a él, violando la norma de cultura juridizada (delito perfecto) y puede además de haber alcanzado esta objetividad jurídica, producir todos los efectos dañosos consecuencia de la violación a los que tendía el agente y que ya no puede impedir (delito perfecto agotado).¹

¹ <http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/seis.htm>

5.2 CONCURSO DE DELITOS

Se habla de concurrencia de delitos ante la posibilidad de diversos fenómenos antijurídicos de alguna manera relacionada, concurrencia que se puede dar en dos sentidos, el concurso real y el concurso ideal. La necesidad de esclarecer cómo operarán las normas penales ante el concurso, se da ante una conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de diversos resultados obtenidos a partir de ella, de donde emergen unidad de acción y de resultado, por lo general se da una acción a la que corresponde un resultado, aunque una acción puede estar integrada por distintos actos particulares que guardan unidad de intención. El delito es siempre uno solo y es lo que más se da en la realidad.

Unidad de acción y pluralidad de resultado (concurso ideal o formal) se presenta cuando con una acción un mismo sujeto produce varios resultados, teniendo por consecuencia jurídica la agravación de la pena sobre la base de la aplicación de la pena del delito que merezca la mayor.

Pluralidad de acciones con un solo resultado (delito continuo) se trata cuando con varias acciones inconexas y parciales concurren entre todas para lograr un solo resultado

Pluralidad de acciones y de resultados (concurso real) en este existe la posibilidad de que con varias acciones un mismo sujeto dañe varios bienes jurídicos actualizando diversas hipótesis legales, entonces nos encontramos ante el concurso real que trae como consecuencia la acumulación de las penas contempladas para los diversos delitos cometidos.

5.3 PARTICIPACIÓN

La violación de la norma de cultura juridizada, puede no siempre corresponder a la acción de un solo individuo, en ocasiones, situación cada vez más común, es necesaria la concurrencia de diversas personas que combinen sus esfuerzos en actividades diferenciadas y especializadas para conseguir el resultado delictivo; de entre ellos se debe distinguir en primer lugar a los responsables principales quienes conciben, preparan o ejecutan el acto físico con que se consuma el delito, todos los demás que intervengan en el delito, serán responsables accesorios

5.3.1 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL (LATO SENSU)

Al tratar el tema del tipo penal hablábamos del sujeto activo como presupuesto, así como las calidades que debería reunir. En su momento referíamos las relativas de la voluntad, la imputabilidad, la calidad específica, la calidad de garante y pluralidad específica.

Ahora resulta prudente abordar la problemática relativa a la forma de intervención en la concreción del tipo penal, que constituye uno de los elementos de éste. Al respecto es necesario distinguir entre los distintos modos o formas de ejecución del delito, es decir los casos en los cuales se concreta a través de la persona de manera directa, o bien, distinguir los diversos sujetos que intervienen en su ejecución, para tal efecto analizaremos la autoría y la participación en rubros distintos, no obstante que algunos autores los consideran conceptos dignos de análisis de una misma materia.

En principio, podemos afirmar que el concepto de autor no es algo tan simple como el que realiza el hecho, pues el ser humano es social y en consecuencia cuando actúa en los demás casos los hace en colaboración con otros, tampoco se limita a la autoría individual de propia mano, sino también alcanza los siguientes casos: a) cuando una persona se vale de otra para cometer un delito (autoría mediata); b) cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y colaborar en su realización (coautoría), y c) cuando se induce a otra a cometer un delito (inductor).

Por otra parte la teoría de la participación alude a los sujetos que se encuentran en posición secundaria con respecto al autor, razón por la que éste realiza no el hecho principal, sino un tipo dependiente de aquél.²

La diferencia de las formas de intervención procede de la Edad Media, época en la cual se gestó la distinción objetiva entre autoría y participación con base en el criterio de la realización de acción ejecutiva (causa physica) o de una acción de mero auxilio (causa moralis) se impuso hasta que tuvo influencia de Böhmers. La de limitación entre autoría, inducción y complicidad procede del Código Penal francés (artículo 60).³

² PLACENCIA VILLANUEVA RAÚL, TEORIA DEL DELITO. Ed. Universidad Autónoma de México, México 2004. p 209

³ ob.cit. p.210.

5.3.2 AUTORÍA

Analizar el tema de autoría implica diversas aristas que la doctrina ha tratado de abordar en el transcurso de la historia, en tal virtud es factible distinguir entre posturas ontológicas, legales, unitarias, extensivas y restrictivas.

Las ontológicas aluden a la persona que realiza el hecho descrito por el tipo penal, el autor se traduce en el sujeto a quién se le puede imputar uno de tales como suyo (Jescheck).

Para Welzel, es autor el anónimo contenido en los tipos penales, pero tal afirmación nos remite a considerar que los tipos penales de autoría, sin embargo, tal conceptualización dejaría fuera a los autores intelectuales, mediatos e inductores que también intervienen en la concreción de un tipo penal aun cuando no de manera directa.⁴

La postura dominante en la doctrina se pronuncia al respecto sobre la base de cuatro concepciones sobre el autor mismos que a continuación trataremos de abordar.

A. Concepción Unitaria

En cuanto al concepto unitario del autor, los defensores de dicha teoría pretenden defender la idea de que no es posible distinguir entre autoría y participación, en dichos términos todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo, lo anterior tiene su fundamento en la teoría de equivalencia de condiciones, en tal virtud “si toda condición del hecho, en su concreta configuración es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y , por consiguiente autores”(Mir Puig), estas circunstancias cobran especial relevancia en la aplicación de la pena, aludiendo a una respuesta con independencia de los postulados de la teoría de la participación, con única sujeción a los fines de la pena.⁵

⁴ IDEM.

⁵ IBIDEM. p.211.

B. Concepción Restrictiva

El concepto restrictivo de autor supone como autor sólo a quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar teoría alguna. Este concepto va ligado a la teoría objetiva de la participación, la cual trata de demostrar desde el aspecto formal y material que sólo deben ser responsabilizados penalmente las personas que por sí mismas concretan el tipo penal.

La teoría objetivo formal considera como autor a toda persona cuyo comportamiento entra al círculo que comprende el tipo penal, en tanto el partícipe es aquella persona que aporta cualquier otra contribución causal al hecho.

La teoría objetivo material, nos remite a un criterio material que supera la mera descripción típica. Por lo que será autor el sujeto que aporte la contribución objetiva más importante.⁶

C. Concepción Extensiva

A fin de salvar la fallas y críticas vertidas sobre la concepción restrictiva del autor, se propuso la concepción extensiva, aun cuando guarda ciertas distancias con el concepto restrictivo coincide a la vez en aspectos como los siguientes: comparte la idea básica de la teoría de la condición de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, por lo que se considera autor a todo aquel que a contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución constituya una acción típica.

En virtud de la manifiesta imposibilidad de distinguir desde el aspecto objetivo entre el autor y partícipe, la condición extensiva busca plantear la diferencia desde el aspecto subjetivo, por lo que el concepto extensivo de autor se une a la teoría subjetiva de la participación. Acorde a esta idea constituye autor el que realiza una aportación causal al hecho, cualquiera que sea su contenido, siempre y cuando medie una voluntad de autor, en tanto, el partícipe es aquel que al realizar el hecho sólo posee voluntad de partícipe.

⁶ IBIDEM.p.212.

El autor realiza el hecho como propio con animus auctori, en tanto el partícipe lo realiza “ajeno”, es decir actúa con animus socii.⁷

D. Teoría del Dominio del Hecho

En virtud de las deficiencias planteadas por las posturas restrictivas, extensivas, unitarias, la teoría del dominio del hecho trata de sintetizar a estas teorías pues cada una de ellas enfrenta sólo parcialmente el problema sin resolverlo.

Los antiguos intentos de formular un concepto de autor ajustado a los postulados constitucionales y, en consecuencia, un concepto estricto, no cobraron el éxito en virtud de las deficiencias que encaraban. Por un lado, era acertada la pretensión de tratar a la autoría como principal modalidad del obrar criminal, y de construir sobre esta base el edificio de la participación como causa de la extensión de la pena, dependiente del hecho principal, así como lo era la configuración de la autoría desde el tipo.

Por otra parte, las fallas que representaba consistían en el deseo de formular un concepto unitario de autor sobre la base de la causación, pues el contenido de la autoría debe ser enjuiciado de modo distinto en los hechos punibles dolosos y culposos.

Según que el hecho sea calificado en uno o en otro de estos grupos, serán también por completo distintas las consecuencias de la autoría para el concepto de participación: ésta únicamente es posible en los hechos dolosos, siendo imposible su presencia para los culposos (Maurach).⁸

En atención a lo anterior, la realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría, sin embargo, el concepto de autor no puede estar limitado, como, lo suponía la teoría objetivo formal, a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra, sino que debe de dar cabida a los casos de autoría mediata y de la coautoría en los cuales se logra el dominio del hecho.

⁷ IDEM.

⁸ IBIDEM. p. 213.

Para aclarar lo anterior podemos mencionar el siguiente ejemplo: quien de concepto de jefe de una banda de asalta bancos, acuerda y dirige con otras personas la comisión de un asalto bancario, es un coautor, no obstante que no participe directamente en la sustracción del dinero depositado en la bóveda del banco. Por otra parte, quien no es puesto en antecedentes de lo que se va a realizar y sólo le invita acompañar a los asaltabancos desconociendo el objetivo final de éstos, es cómplice y no un autor.⁹ En el ejemplo anterior observamos lo que se denomina dominio del hecho funcional, es decir un grado de intervención en la comisión del delito que permite su realización.

5.3.2.1 AUTORÍA MEDIATA

El análisis de la autoría mediata al igual que la autoría directa o inmediata, supone un dominio del hecho por parte del sujeto, por un autor mediato se entiende “el que realiza el tipo penal sirviéndose de otro, para la ejecución de la acción típica, de otra persona como instrumento” (Jescheck), en este rubro lo relevante es la relación que guarda entre el autor mediato y la persona de que se sirve.

El concepto de autoría mediata aparece por primera vez con la obra de Stübel, sobre la participación de varias personas en un delito, publicado en 1828. La evolución de este concepto se enfocó a tratar de colmar las lagunas existentes entre la autoría inmediata y la inducción. La enfermera que, ignorante de que mata, inyecta el veneno mortal con que previamente se ha sustituido el medicamento que había de inyectar, es quien materialmente realiza la acción de matar, es autor inmediato, pero no ha sido inducida a dar muerte a su paciente y, por otra parte, quien verifica el cambio del inyectable se ha limitado a esto: no a causado personalmente la muerte.

Afirmar en tales casos la impunidad sería contrario a toda lógica. Ciertamente que con la limitación de la accesoriedad se pueden constituir muchos de estos supuestos a base de la inducción o del auxilio necesario, pero no todos, por lo que sigue sosteniéndose por los escritores que hay una serie casos en los que el sujeto responde como autor aunque no realice materialmente por sí mismo la acción tipificada por la ley.

⁹ IDEM.

La doctrina es plenamente contesta en el sentido de que el autor mediato lo constituye la persona que se vale de otro dolosamente para realizar un delito, es decir utiliza a otro como instrumento o medio para lograr la concreción de un tipo penal.

La averiguación de la estructura de la autoría mediata ha creado serias dificultades a la doctrina y a la práctica del derecho. Ante todo, debido a que la autoría mediata se presenta aparentemente como un sector límite difícil de fijar, entre autoría única y participación. La autoría coincide en que el autor mediato no causa un hecho ajeno ni coopera en un tal acto, sino el querer realizar por sí mismo el propio hecho, aunque interponiendo un hombre como sujeto idóneo de la responsable comisión. La inducción tiene en común la incitación al resultado típico, tanto que en una como en otra se induce a un hombre a la producción del evento criminal. Lo inseguro de la posición de la autoría única y participación, resulta además necesariamente favorecida por una teoría preponderante causal de la acción y del delito así como por una fundamentación positivista de la autoría; si la esencia de la acción estriba en la causación del resultado típico, una distinción entre inducción y autoría mediata resultaría superflua.¹⁰

El principio en el sentido que la autoría mediata surge por el empleo de un hombre para la consecución del resultado típico de un hecho punible doloso, permite averiguar el contenido de la autoría mediata de modo material y positivo, no en sentido formal y negativo. El autor mediato es autor, no partícipe.

La determinación de la autoría mediata debe pues llevarse a cabo con los mismos criterios que deciden la apreciación de la autoría; el autor mediato está caracterizado por el dominio objetivo del hecho que realiza.

Los límites de la autoría mediata se plantean con relación al momento en que la persona se traduce en un autor plenamente responsable, es decir, el que actúa inmediatamente responde del hecho en su propia persona como autor, de suerte que la intervención de otro sujeto sólo puede contemplarse en forma de participación en el dominio del hecho (coautoría) o como inducción o complicidad.

¹⁰ IBIDEM. p.215.

Por otra parte, la autoría mediata tampoco cabe cuando el tipo requiere la realización corporal o, por lo menos, personal de la acción típica por parte del autor (delitos de propia mano) o cuando el otro sujeto carece de la especial cualificación (delitos especiales propios) que requiere el tipo de la correspondiente especie de delito.

De igual manera, se niega la posibilidad de que pueda existir la autoría mediata en el delito culposo, pues requiere del dominio del hecho y en la culpa se adolece de la falta de voluntad dirigida a causar un determinado peligro o lesión al bien jurídico penal.

Por otra parte, la determinación material de la autoría mediata, únicamente puede ser llevada a cabo planteando la cuestión de si el inductor ha actuado con dominio del acto. Esta cuestión debe ser resuelta de modo primario y con independencia de las fronteras de la participación. El principio de que la autoría mediata empieza allí donde terminan los límites de la participación, es sistemáticamente falso por infringir la prioridad de autoría respecto a la participación, es sistemáticamente falso por infringir la prioridad de la autoría respecto a la participación, y es materialmente incorrecto por existir sectores límite que pertenece sin duda, conforme a la característica del dominio del hecho, a la autoría mediata.¹¹

El dominio del hecho en el otro sujeto que interviene debe de encontrarse respecto de una misma posición subordinada y esta subordinación puede proceder de coacción, error, incapacidad de culpabilidad o de la circunstancia de que el hecho al que se inducido por el hombre de atrás no pueda ser cometido en absoluto por el que actúa directamente por faltarle la necesaria cualificación o intención.

Por otra parte, puede darse el caso que el otro sujeto utiliza a una persona que actúa sin acción, sin antijuridicidad o sin culpabilidad, esto derivado de la falta de voluntad con que actúa la persona utilizada por el otro sujeto como instrumento, en tal caso nada distingue a éste de otros entes carentes de voluntad y en consecuencia podemos hablar de la única presencia de un autor directo.

¹¹ IDEM.

Cuando el sujeto utilizado actúa sin antijuridicidad, no se realiza la parte objetiva del tipo, falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo o concurren causas de justificación. En el primer caso, estimamos ante la presencia del engaño, la violencia o la inidoneidad.

A fin de aclarar lo anterior, Mir Puig señala los siguientes ejemplos:

a) engaño A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole tal circunstancia y produciéndole de esta forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo de homicidio ni ningún otro, por que al matarse a sí mismo es atípico;

b) violencia: en los campos de concentración nazis se obligaba a los presos a permanecer largo tiempo en agua helada, lo que les producía lesiones; el autolesionarse también es atípico; y

c) idoneidad del instrumento para ser autor: una persona que visita a un servidor público destruye a solicitud de éste papeles que él mismo tiene confiados por razón de su cargo bajo su guarda y custodia; según el Código Penal sólo comete el delito el servidor que realiza la mencionada conducta, y el visitante no posee el carácter de servidor público.

Podemos hablar de la falta de concurrencia de la parte subjetiva del tipo, cuenta con dos supuestos cuando la persona utiliza como instrumento actúa sin dolo y cuando faltan los otros elementos subjetivos requeridos por el tipo. Finalmente, concurre en causa de justificación cuando la persona que actúa como instrumento lo hace amparado en una de dichas causas.¹²

5.3.2.2 COAUTORÍA

Al momento en que varias personas concurren en la realización de un delito en común, todos son calificados como coautores, ésta es una forma de autoría, sin embargo sus límites y características habrán de variar con respecto a la autoría.

¹² IBIDEM. p.216.

Se habla de coautores cuando se realiza conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho, en tal virtud, son autores por que cometen un delito entre todos. Los coautores se distribuyen la realización del tipo de autoría, pero como ninguno de ellos lo realiza completamente no puede considerarse como partícipe del hecho de otro. En la coautoría no rige el principio de la imputación por la accesoriedad de la participación, según el cual el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino el principio de inmediata imputación recíproca de las distintas contribuciones al hecho.

En cuanto a los límites de la coautoría, éstos derivan del hecho de que se trata de una forma de autoría basada en el común acuerdo de los que intervienen, en tal virtud resultaría absurdo suponer la presencia de la coautoría en el caso de los delitos culposos, toda vez que ésta faltaría la voluntad dirigida a lograr un común acuerdo para cometer un delito.

Respecto del acuerdo para cometer el delito, lo podemos entender como la componente subjetiva, por lo que a decir Jescheck, no basta una simple manifestación de voluntad entre los coautores, es necesario que todos actúen en una cooperación consciente y querida de lo que realizan o van a realizar.

Por otra parte, cuando las personas que intervienen en la comisión del delito logran un acuerdo para realizarlo, entonces estamos ante la conspiración, pero también es factible que se presente la figura de coautoría sucesiva, la cual se presenta cuando un coautor se añade durante la ejecución del hecho hasta su terminación.

La coautoría accesoria se presenta cuando varias personas producen en común acuerdo el resultado típico y se vinculan por un común acuerdo, también se vincula con este tipo de coautoría el aprovechamiento de comportamientos imprudentes.

En estos casos debe demostrarse que todos los coautores intervinieron en la realización del hecho, con lo que la dogmática califica como un dominio funcional, lo cual se presenta cuando cada uno de los coautores con base en un acuerdo previo, realiza de propia mano un elemento del tipo con plena responsabilidad.

Finalmente la punibilidad para la coautoría es a partir de la aplicable para los autores, en virtud de la justificación o atipicidad que pese sobre alguno de los coautores no vale para los restantes, y en cuanto a las agravantes o atenuantes sólo pueden cobrar valor en los casos que resulten aplicables para los sujetos que se encuentren en tal supuesto.¹³

5.3.3 PARTICIPACIÓN CRIMINAL (SENTIDO ESTRICTO)

Al hablar de la participación se hace referencia a la presencia de dos o más personas que colaboran en la perpetración del hecho punible en un carácter distinto de la autoría. La teoría de la participación se ocupa de analizar la contribución del partícipe en la ejecución del hecho punitivo, puesto que participación quiere decir apoyo en el hecho principal realizado por otro, que es el autor, ya que, por esencia, aquélla ha de relacionarse con una conducta principal; así, el robo planeado por varios individuos, uno penetra en la casa, en tanto otros utilizan una escalera y penetran por una ventana previamente violentada.

Existe, según la pauta de la acción ejecutiva, en un autor material del apoderamiento, un cómplice, vigilante en la calle, y otro el de la escalera, cuya titulación sería discutible prácticamente si bien sólo tiene categoría de auxiliador.¹⁴

En la participación se distingue en distintas clases, la estricta que comprende la complicidad y encubrimiento, y la amplia, en la cual cabe la autoría, pero también se polemiza entorno así el encubrimiento es o no una forma de participación, por cuanto en verdad no se participa en un hecho ya realizado, sino se interviene post delictum.

Un buen número de autores escinden el encubrimiento de la participación; sin embargo, a nosotros nos parece que es una clara intervención en el delito y que por ende no existe justificación para dejar al margen del análisis de la participación, aun cuando se trata de actos posteriores al delito, pues en buena medida al auxilio o la ayuda contribuye a la consecución de los fines previstos por parte del delincuente.

¹³ IBIDEM. p.218.

¹⁴ IDEM.

La explicación de la participación se sitúa en distintos planos, por lo que podemos identificar diversas teorías que tratan de explicarla

A. Teoría Unitaria

La Teoría unitaria o monista, esta constituida por aquellos autores que sólo aprecian al delito con varias personas. Unidad de delito y pluralidad de agentes. Es la postura tradicional que al respecto contempla la teoría de la causalidad y la teoría de la accesoriedad:

a) La teoría de la causalidad, pretende de resolver con base en la causalidad el problema de la participación, al respecto considera codeincuentes a quienes contribuyen, con su intervención, a producir el delito. Al respecto Von Buri considera que la verdadera liga de unión de los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.

b) La teoría de la accesoriedad considera como autor del delito sólo a quien realiza los actos descritos en el tipo penal, la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tiene como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte principal. El delito producido por varios sujetos es único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondiente a los partícipes.¹⁵

B. Teoría Pluralista

Esta postura discrimina a la acciones de la personas que intervienen en el hecho y pretende que cada una de ellas sea la pieza de una obra común en el delito ejecutado. Un ejemplo es la teoría de la autonomía, la cual propone que el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar a los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia.

¹⁵ IBIDEM. p.219.

En atención a lo anterior, los sujetos que intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta, por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. En atención a que la postura propone que varios delitos producidos por los partícipes, se le considera pluralista en oposición a las monistas anteriores. Por estimar que autor y partícipe producen un delito único.

Por otra parte, el planeamiento de la participación exige imperativamente la afirmación de dos presupuestos, en primer lugar, que efectivamente que el concepto y estructura de la figura penal consiste ser realizada por dos o más personas, y en segundo lugar, que exista un hecho principal, que confiere vida y cifra al participante.

La confirmación de ambos, principalmente el segundo, nos da la índole de la teoría de la participación, que no es otra sino accesoria. La naturaleza accesoria de la participación pertenece a su esencia, aunque existan varios grados de dependencia (Mezger, 1957). Es decir que la conducta del que participó sólo puede ser imputada condicionalmente, por cuanto depende de la principal.

También es factible escindir el tema de la participación en dos partes, la primera referida a las formas de intervención de los sujetos en la realización de un delito y la segunda en oposición a la autoría.

En cuanto a las clases de participación podemos distinguir según el grado, calidad, el tiempo y la eficacia:

Según el grado, puede ser principal y accesoria, la primera se refiere a la consumación del delito en tanto la segunda atiende a su preparación.

Según la calidad, la participación puede ser moral y física, la primera comprende la inducción como la determinación o provocación, así como el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación como subclases, es decir implica un acto de ejecución de carácter material; es moral cuando atiende al carácter psíquico del aporte del autor principal.

En razón de tiempo, es anterior si existe acuerdo previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que él lleva cada partícipe; concomitante, si la temporalidad se refiere al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior, cuando comprende actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.

Según su eficacia, es necesario y no necesaria, de acuerdo a la naturaleza del delito, ya sea éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

5.3.3.1 COMPLICIDAD

Por cómplice, la doctrina entiende a la persona que auxilia o coopera dolosamente en la ejecución de un delito con actos posteriores, anteriores o simultáneos. Para Zaffaroni, el cómplice es aquel que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro. Y para Muñoz Conde cómplice será el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice.¹⁶

Es factible distinguir entre cómplice primarios y cómplices secundarios, los cómplices secundarios, los cómplices primarios son los que dolosamente presten auxilio o ayuda a otra para la comisión de un delito, idea que retoma el artículo 13, fracción V, del Código Penal Federal, en la cual cabe la posibilidad de ayuda o auxilio para realizar actos preparatorios de un delito, siempre y cuando éste se realice. En tanto que la complicidad secundaria comprende a los que con posterioridad a la ejecución del delito auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (artículo 13, fracción VI, del Código Penal Federal).

¹⁶ IBIDEM. p.223.

No obstante que el artículo 13, fracciones V y VI, del Código Penal Federal sólo aluden al auxilio o prestar ayuda, debe quedar claro que en materia de complicidad, será conveniente distinguir entre la psíquica y la física, la primera puede consistir en consejos, es decir mediante ideas que fortalezcan la voluntad de actuar en el autor principal, en tanto la segunda comprende hechos materiales.

En cuanto al aspecto temporal, es destacable que la complicidad no implica que la ayuda o el auxilio sean para realizar el hecho principal, sino que pueda referirse a actos meramente preparatorios.

Respecto a la ayuda o el auxilio, es plenamente debatible determinar lo que comprende y refiere, sin embargo, bastará que la ayuda o el auxilio de la persona sea definitiva para la realización del hecho por parte del autor, sin que se requiera, que esta contribuya a producir causalmente el resultado típico.

En este sentido, la teoría de la elevación del riesgo considera la posibilidad de prescindir de la exigencia de causalidad, al comprender a la complicidad como un delito de peligro abstracto o concreto y que implique la elevación de las posibilidades de producción del resultado típico, lo cual significa que la ayuda o el auxilio prestado se refieran a hechos consumados, pues la tentativa no cabe para la complicidad, salvo que la ley expresamente así lo señale, además que solo puede dar lugar tratándose de una ayuda o auxilio doloso, resultando en este caso impune cuando se realiza vía la culpa, salvo que constituya autoría mediata.¹⁷

5.3.3.2 ENCUBRIMIENTO

Respecto del encubrimiento resulta debatible si puede considerarse una de las formas de participación del delito, en el Código Penal Federal se contempla como un tipo autónomo y en consecuencia este problema cobra mayor relevancia, pues si se considera a la participación como una forma de vinculación de sujetos que intervienen en la

¹⁷ IBIDEM. p.224

concepción, preparación o ejecución del delito, en el Código Penal Federal se contempla como un tipo autónomo y en consecuencia este problema cobra mayor relevancia, pues si se considerase a la participación como una forma de vinculación de sujetos que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del delito, entonces el encubrimiento no encuadra en ésta.

Al respecto, Castellanos Tena considera que el encubrimiento en nuestro sistema jurídico no es una forma de participación, pues la intervención del encubridor es posterior al delito y la participación requiere una contribución a la producción del resultado, sin embargo, para evitar la antinomia y armonizar el artículo 13 con el 400 del Código Penal Federal, si antes de cometerse el delito, un individuo acepta a encubrir al homicida y ocultar el instrumento del delito, aun cuando su comportamiento sea posterior, resulta partícipe del delito. Pero si realiza la actividad la misma actividad sin existir acuerdo previo con el autor, su comportamiento se tipifica en encubrimiento, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 400 del Código penal Federal.

El encubrimiento en nuestro país supone cinco supuestos diversos:

1. Cuando con ánimo de lucro después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quién recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.

2. Cuando se preste auxilio o ayuda de cualquier cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito.

3. Cuando se oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.

4. Cuando requerido por las autoridades, no dé auxilio para investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

5. Cuando no se procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras formas aplicables.¹⁸

Por otra parte, el Código Penal Federal contempla dos casos de excepción o permisiones, que impiden la presencia del encubrimiento, no obstante que estemos ante comportamientos que desde el punto de vista material y subjetivo nos hagan pensar lo contrario. El primero se refiere a lo dispuesto en la primera parte del artículo 400 fracción III tercera, el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos objetos o instrumentos del mismo, quedando fuera lo relativo al favorecimiento de ocultar y el impedir a que se averigüe la comisión del delito, y el segundo caso alude el carácter de encubridor, en tal virtud no es procedente actuar en su contra cuando requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

Los dos casos anteriores se encuentran supeditados a que el agente cumpla el requisito de ser ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, cónyuge, concubina, concubinario o parientes colaterales hasta cuarto grado, o por afinidad hasta el segundo, o se encuentre ligado con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivada de motivos nobles.

En cuanto a la punibilidad, ésta se prevé en dos posibilidades, por un lado de aplicación de hasta dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito siempre y cuando se haga constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción, tomando en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y demás circunstancias previstas en el Código Penal Federal; o bien, la punibilidad prevista en el propio artículo 400 que va de tres meses a tres años de prisión y de 15 a 60 días multa.¹⁹

¹⁸ IBIDEM. p.225.

¹⁹ IBIDEM. p.226.

5.3.3.3 INSTIGACIÓN

Al emprender el estudio de la instigación nos centramos en una autentica forma de participación. Cabe agregar que la instigación se considera una forma de participación accesoria, desde épocas relativamente recientes, pues la mayoría de los ordenamientos penales del siglo XIX y aun algunos vigentes la consideran como una forma de autoría moral.

Ese criterio se modificó por influjo de la doctrina y legislación francesa inspirada en el Código Napoleónico de 1810 con lo cual paso primero como una forma de la complicidad, pero en la órbita de la participación propiamente dicha, independizándose conceptualmente con la sanción del Código Penal Imperial Alemán de 1871, que diferencia al instigador del cómplice.

El proceso de depuración y afirmación de la propia identidad de instigación y contenido también llevo, por otra parte a desprenderse de la autoría mediata.

5.3.3.3.1 INSTIGACIÓN (ESTRICTO SENTIDO)

La inducción implica una serie de actividades realizadas por un sujeto a través de las cuales determina a otro de manera dolosa acometer delito cometido, el Código Penal Federal en el artículo 13 fracción V, lo refiere como los que los que determinen dolosamente a otro cometer un delito.

Quiere decir entonces, que la esencia de la instigación reside en producir de otro (que debe reunir todas las características y requisitos para ser un autor) la resolución efectiva de cometer un hecho típicamente antijurídico, el cual al menos, debe ser tentado, mas no sea realizado culpablemente, según lo establece la forma de accesoriedad limitada a la que se adhiere nuestra ley penal y que analizaremos mas adelante, pues basta con que se trate de un hecho principal típicamente antijurídico.

Por su parte, Von Litz con un criterio afín a la idea de la hiperaccesoriedad definió a la instigación como la determinación dolosa de otro a un acto punible, cometido dolosamente por el inducido, ya sea este acto un crimen, un delito o una contravención.²⁰

5.3.3.3.2 INSTIGACIÓN Y ACCESORIEDAD

Nuestro legislador tomo la postura que la instigación consiste en el hacer surgir en otra persona la resolución de cometer una lesión típicamente antijurídica de un bien determinado. Pero para castigar al inductor no basta con completar esta etapa subjetiva de persuadir al destinatario de la instigación, sino que es querer decidir al otro tiene que haber surtido efecto, a punto tal que le instigado por lo menos debe haber comenzado la ejecución o consumado el delito cuya realización la ha sido propuesta. Ello viene impuesto como exigencia derivada del principio de accesoriedad, que no se configura con la pura acción instigante y requiere la existencia de un hecho principal definido por la ley penal y realizado sin derecho, sea que se trate de una tentativa o de una acción delictiva consumada, y tal circunstancia explica la impunidad de la instigación privada incumplida o frustrada.²¹

5.3.3.3.3 IMPORTANCIA DEL VERBO

En virtud de lo dicho resulta fácil de comprender la importancia que tiene, en el caso de la instigación, la correcta adopción por el ordenamiento positivo del verbo escogido para tipificarla.

En efecto, si bien para Jiménez Huerta las palabras provocación, excitación, instigación, determinación o inducción tienen tan parecida significación gramatical que pueden emplearse en el lenguaje jurídico como sinónimas, ello no es así, precisamente, en el lenguaje jurídico, en donde es necesario esmerarse para evitar confusiones innecesarias y vocablos similares que, utilizamos como expresiones vulgares o coloquiales no generen trastornos, sí los originan en el ámbito del derecho.

²⁰ FIERRO GUILLERMO JULIO, TEORIA DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL.2° ed. ED. Astrea. Argentina 2001.p.419.

²¹ ob.cit. p.420.

Por ello es menester ser extremadamente cuidadoso, especialmente en el derecho penal, ámbito donde el valor de las palabras herramientas de la ley tienen una gravitación decisiva.

En respaldo de lo anterior se transcriben significados según el Diccionario de la Real Academia Española. La palabra provocación, en su primera acepción, significa excitar, inducir, a uno a que ejecute una cosa; pero la segunda acepción, quiere decir incitar mediante palabras, gestos o acciones a alguien para que se enoje y pelee con quien busca riña, y este concepto tiene una fuerte carga en el derecho penal.

Algo similar ocurre con la palabra excitar que también en su primera acepción significa mover, estimular, provocar, inspirar algún sentimiento, pasión o movimiento; pero en la segunda acepción también quiere decir alterar por enojo, el entusiasmo o la alegría.

Asimismo es prudente transcribir los alcances de inducir, en su primera acepción que dice que provienen del latín *inducere*, que significa instigar, persuadir, mover a uno; en su segundo significado también quiere decir ocasionar, causar; pero en su tercera acepción en el aspecto de la filosofía significa ascender lógicamente el entendimiento desde el conocimiento de los fenómenos, hechos o casos, a la ley o principio que virtualmente los contiene o que se efectúa en todos ellos uniformemente; y en su última acepción desde el punto de vista de la física significa producir un cuerpo electrizado fenómenos eléctricos en otro situado a cierta distancia de él.

Asimismo instigar proviene del latín *instigare* incitar, provocar o inducir a uno a que haga una cosa.²²

De lo expuesto, queda entonces que, conforme lo utiliza indistintamente la doctrina universal, los términos más aceptados son los de determinación, inducción o instigación, en tal sentido el elegido por nuestro legislador es correcto.

²² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <http://diccionario.terra.com.pe/cgi-bin/b.pl>

Ahora bien como se dijo antes, la acción del instigante debe ser libre y asentida por el agente, debe mover su ánimo e impulsarlo a la comisión del delito que le propone el inductor y así como la plena conciencia de lo que hace y quiere, comenzar la ejecución del hecho al que ha sido instigado. Novoa Monreal nos habla de la instigación consiste en un proceso de transferencia de ideas, lo que ciertamente es algo distinto a imponerlas o lograrlas ejecutar a través del engaño.²³

El autor alemán Schulz considera que el instigador siempre posee el dominio del plan; consecuentemente, vendría ser una suerte de titiritero, por lo cual la fronteras de la autoría se tornarían confusas.

Por su parte Beling, sostenía que en esta figura se presentaba patente una hipótesis de interrupción del nexo causal, pues allí donde no existía resolución autónoma de quien cometerá el hecho (el instigado) se presentará un caso de autoría mediata, no de instigación.²⁴

Resulta útil recurrir a la expresión de Maurach, cuando afirma que en tanto la instigación es la corrupción del hombre libre, la autoría mediata es el abuso del hombre no libre; por ello el derecho penal distingue claramente a la autoría mediata de la instigación. Ya que la primera puede ser equiparada a un desarrollo ciego, mecánicamente programado para producir un resultado; mientras que la segunda es un influjo psíquico, humano distinto al anterior y válidamente admitido por el derecho para generar consecuencias jurídicamente relevantes. Como lo destaca Mezger, la instigación exige una especial forma de causación del resultado: “el camino a través del alma de otro”.²⁵

²³ FIERRO. ob. cit. p.422.

²⁴ IDEM.

²⁵ IBIDEM. p.424.

5.3.3.3.4 ASPECTO SUBJETIVO

Siguiendo la opinión de Jescheck pone énfasis en el aspecto de la existencia de un doble dolo, esto es querer la acción de convencer a un sujeto de que cometa el delito y en segundo término, el querer el resultado delictivo presupuesto. Ello es así, por cuanto es posible desdoblar la acción a emprender en dos o más tramos perfectamente definidos y separables.

En el primero, el instigador debe de haber escogido a un sujeto a quien tratará de persuadir para que cometa el hecho que tiene en mente. Tal sujeto, bien puede ser alguien propenso a ser fácilmente persuadido o una indiferente ante el hecho que se le propone, o incluso originalmente opuesto a su comisión; pero no puede ser, alguien que ya estaba decidido firmemente a cometerlo antes de la acción del instigante. Lo dicho pone en relieve que también resulta necesario explorar, además del aspecto subjetivo del instigador, también el correspondiente elemento subjetivo del instigado, quien ante la propuesta perversa, al decir Carrara, la acepta después de haber ponderado el costo beneficio, de sopesar los pros y los contras, de establecer retrospectivamente su animosidad contra la víctima, etc., circunstancias que son las que dan contenido a su propia motivación.²⁶

Sin embargo la admisión del doble dolo no es pacífica, y se ha afirmado que no hay doble dolo, sino que hay un dolo único con un doble objeto de referencia. Para Olmedo Cardenete, la vigencia de dicho concepto resulta innecesaria por tratarse de una noción conceptualmente reiterativa: “La afirmación de que el instigador debe querer y conocer tanto su aportación como participe como el mismo hecho del autor al que contribuye, olvida que la primera circunstancia incluye a la segunda.

Si nos encontramos ante la participación en sentido estricto, conocer y querer el favorecimiento de la propia actuación lleva ya implícito el del propio hecho del autor, Si inducir es motivar el comportamiento antijurídico de otro, la propia circunstancia de querer inducir conlleva la de esperar que el autor ejecute el hecho. Difícilmente se puede querer invitar a que se realice una infracción sin desear que está se lleve a cabo por el inducido.²⁷

²⁶ IBIDEM. p.427.

²⁷ IDEM. p.427.

Aunado el dolo del instigador que puede ser eventual en lo que se refiere a los resultados posibles de su acción instigante, cuestión que se vincula con la del exceso del instigado, debe abarcar un hecho ilícito determinado. No es necesario que el instigador se represente con detalles las particularidades de tiempo, modo y lugar, sino en la medida en que lo exija la realización del hecho a cometer, ya que esos detalles difícilmente puedan ser conocidos, dado que pertenecen al futuro y por ello no siempre se logra anticipar con fidelidad cómo han de ocurrir los hechos a realizar.

Por otro lado, puede suceder que el inductor se desentienda de esas particularidades dejando íntegramente librada la ejecución al instigado, o que se las ingenie para lograr el concreto resultado perseguido por otros medios no contemplados previamente. Pero debe quedar claro que el instigador debe tener dolo consumación y quiere que el instigado sea el ejecutor del hecho.²⁸

El inductor debe proponer al inducido a la realización de un hecho ilícito concreto, y ello implica el rechazo de toda forma de instigación culposa o imprudente. Por ello coincidimos con Fernández Carrasquilla cuando afirma que instigar es un acto eminentemente doloso que se dirige a un delito doloso de un autor que actúa también dolosamente.²⁹

Con relación de la responsabilidad que asume el instigador se concluye que el instigador no tiene ninguna responsabilidad más allá de la puramente penal, pues el instigado ha asumido voluntariamente el riesgo de su conducta antijurídica.

5.3.3.3.5 ASPECTO OBJETIVO

El aspecto objetivo de la instigación la acción instigante se puede desplegar por varias personas que se combinan entre sí, y de tal modo ejercer mayor influencia sobre el instigado y aumentar las posibilidades de convencerlo es decir coinducción.

²⁸ IBIDEM. p.432.

²⁹ IBIDEM. p.433.

Esa instigación conjunta puede responder o no responder a un acuerdo previo entre diferentes instigadores o ser el resultado de sucesivos aportes desconectados entre sí, pero animados de un propósito en común. En tal caso, todos deberían responder como instigadores.

Hay un aspecto que opera en el nivel de la adecuación típica: no es posible la instigación sobre quien ya estaba decidido a cometer el delito al cual se lo incita (omni modo facturus est), es decir lo haría de cualquier modo.

En este caso, parece correcto afirmar que con la instigación punible consiste en determinar a otro a cometer un delito, si ese otro ya estaba determinado a hacerlo antes de la acción instigante desplegada, no hay una plena adecuación típica, pues el pretendido por el instigador no determinó a nadie. El sujeto era inidóneo.³⁰

Pero sí hay inducción, si la acción instigante refuerza la resolución del dubitativo, o hace renacer una determinación anterior desechada, o incrementa el contenido de la instigación induciéndolo a incurrir en una calificante por ejemplo estaba decidido a cometer robo simple y se le aconseja llevar un arma de fuego).

También no cabe aplicar el concepto del omni modo facturus cuando medie una variación esencial del crimen originalmente proyectado ante una instigación nueva y autónoma, aunque guarde alguna relación con la anterior: si con el propósito de venganza un sujeto esta firmemente dispuesto a golpear a su enemigo, y antes de hacerlo, es instigado por su compañero para que viole a su mujer de la eventual víctima, pues de ese modo la afectará en mayor grado, la instigación al delito efectivamente cometido (violación) es independiente de la voluntad de vengarse que tenía el instigado, y por ella debe de responder. No obstante, se ha sostenido que hay modificaciones que deben ser encuadradas como hipótesis de complicidad y no de instigación, esto es, cuando se suponen un consejo no dirigido sobre una voluntad no decidida, sino que tienen objeto lograr la eficacia u obtener más decisiva en beneficio del instigado; por ejemplo, si a un sujeto decidido a robar una valiosa colección de cuadros se le aconseja que en lugar de apoderarse de la pinturas, que son de muy difícil colocación, sustraiga las joyas o el dinero existentes en la propiedad de su víctima.³¹

³⁰ IBIDEM. p.437.

³¹ IBIDEM. p.439.

Un sector importante de la doctrina en el que están Roxin, Maurach, Gössel, Zipf, y López Peregrín, propugnan en la impunidad del inductor, ya que se disminuye el riesgo del bien jurídico protegido en la hipótesis siguiente: Un sujeto esta absolutamente a cometer un determinado delito y al ultimo es persuadido por un amigo para que cometa un delito menos grave (ejemplo robo simple en lugar de robo calificado con uso de arma).

Una cuestión que preocupa a los doctrinistas es la de las formas que puede asumir la acción instigante, generalizando se podría sostener que hay tres niveles de exigencias;

a) Para algunos solamente existe instigación cuando se trata de actividad clara e inequívoca enderezada a convencer al sujeto escogido para que se le propone;

b) Otros admiten una gran amplitud en los medios o modos que puede utilizar el instigador, aun que no cualquier forma escogida constituye una instigación.

c) Un tercer grupo reconoce acción instigante cualquiera que sea el medio utilizado por el instigador para lograr su propósito.

En tanto Cury Arzúa requiere que ese accionar sea directo, y así lo ejemplifica: “Pero la instigación directa puede ser no solo expresa sino también tácita. Cuando Yago hace sustraer el pañuelo que Otelo había obsequiado a Desdésmona, entregándolo luego Casio con el objeto que el Moro crea que su cónyuge lo engaña con el lugar teniente y se decida a darle muerte, incurre en instigación. Lo que importa es que actúe positivamente con el propósito de formar en el tercero la resolución delictual”.³²

5.3.3.3.6 INSTIGACIÓN INCUMPLIDA

La instigación para que sea tal y este reprimida con la pena debe lograr que la persona instigada haya, al menos, comenzado la ejecución del hecho objeto de la instigación.

Cuando un individuo instiga a otro para que cometa un delito cualquiera puede suceder alguna de las siguientes hipótesis:

³² IBIDEM. p.442.

a) Que el instigado acepte la propuesta e inicie la ejecución del hecho objeto de la inducción. En este caso habrá instigación y las reglas sobre la tentativa y consumación serán las que se apliquen para determinar el grado de desarrollo alcanzado por el hecho principal, No hay que confundir la tentativa de instigación, que no existe, con la instigación plena a un delito cuyo desarrollo se interrumpe en la etapa de la tentativa, ya que en este caso la inclusión se refiere al delito principal y no a la instigación.

b) Que el supuesto instigado rechace de plano las sugerencias del instigador. En esta hipótesis, el núcleo del tipo ampliatorio que reside en determinar a otro no se ha configurado, siendo por lo tanto impune por atípica la frustrada actividad del instigador.

c) Que las propuestas sean aceptadas por el instigado. Pero su materialización no se haya podido concretar debido a circunstancias ajenas a ambos sujetos involucrados.

Los supuestos requieren algunas explicaciones adicionales, en la hipótesis consignada en a), podemos apreciar un caso típico de instigación. Los medios utilizados por el inductor han vencido reforzado la voluntad del instigado o disipado sus dudas inclinándolo a delinquir, y éste ha comenzado con la ejecución del hecho ilícito principal que le fuera encomendado. En el caso b y c), la impunidad del instigador frustrado se derivaría, según Soler de la falta del elemento objetivo, ya que nuestra ley no reprime la simple acción instigante sin éxito. Se trata de una situación atípica debido a que, si para castigar, el artículo 13 fracción V del Código Penal Federal requiere que se haya determinado a otro, y ello obviamente no ha ocurrido, el reproche penal carece de sustento.

5.3.3.3.7 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CULPABILIDAD Y DEL DOLO

Varios son los supuestos que es menester examinar. En primer lugar tenemos el caso típico que se configura cuando el autor (instigado) comete un hecho más grave que el indicado por el instigador, ya sea por que ejecuta otra acción delictiva aparte de la que ha sido concertada, ya sea por que agrava dicha acción con alguna circunstancia calificante (por ejemplo el latrocinio respecto del robo).³³

³³ IBIDEM. p.458.

Debe tenerse presente, sin embargo como lo pone de manifiesto Soler, que no incurre en exceso por cualquier variación que realice el autor, sino sólo aquella que le son esenciales, bien por que importan una responsabilidad mayor que la prevista y representada por el instigador, bien por que desaparece toda relación causal entre el hecho cometido y el hecho instigado. Si se instigo el homicidio de A y se mató a B por un error in personam o por una aberratio ictus, dicha desviación, jurídicamente considerada, es tan inessential para el autor como para su instigador.

Como lo señala Roxin, también resulta insustancial la variación de los motivos que, en definitiva, determinan el actor; por ejemplo: si el autor es persuadido por el instigador para que robe un banco y así obtener fondos para la organización delictiva (terrorista asociación delictuosa o delincuencia organizada) a la que pertenecen, y el autor, al ejecutar el hecho, prefiere hacerlo en provecho propio, tal cambio en el destino final del dinero sustraído no ha de modificar la responsabilidad de quien lo indujo.

Tampoco es sustancial un exceso cuantitativo sin trascendencia típica, como podría ser, por ejemplo robar una cantidad mayor que la prevista.

Por ello se debe recurrir no sólo a los ya mencionados principios referentes a la culpabilidad, y en especial al dolo en los que adquiere una gravitación decisiva la nota de previsión de las consecuencias posibles, sino también de aquellos enunciados generales que regulan la teoría de la participación criminal, como, los de identidad del tipo, convergencia objetiva y subjetiva, accesoriedad y personalidad de la culpa, pues en ellos encontraremos la respuesta más adecuada a los interrogantes se nos puedan plantear.

En el caso de que el autor (instigado) no cometa un delito más grave, sino otro distinto, vale decir, que no medie una relación causal entre el objeto de la instigación y el hecho realmente ejecutado (A instiga a B para que hurte una computadora en la morada del vecino, y B, en cambio viola a la esposa del propietario), no cabe duda alguna acerca de la falta de relación entre ambos sucesos, en especial cuando sabemos que la instigación debe ser dirigida a un “hecho determinado”, quedando descartado todo tipo de instigación genérica.

Pero si, como lo señala Mezger, la instigación tiende a que se hurte una cosa en particular, y el instigado la consigue mediante una estafa, puede el instigador responder en virtud del dolo eventual, ya que su intención y el objeto de su acción instigante recae

primordialmente sobre el objeto del hecho en sí, independiente del modo en que se haya concretado la acción de apoderarse de él.

Las reglas del tema examinado nos indican que el instigador no se exime de las consecuencias probables y propias del hecho cometido a causa de su instigación.

Si A determina a B para que robe un negocio y le da un arma para que lo haga, del mismo modo que ocurriría si se tratara de un hecho cometido por un autor único, lógicamente deberá también cargar las consecuencias derivadas del uso de esa arma, si B, al cometer el asalto, hiere con ella a un empleado del comercio atracado. En el caso señalado la responsabilidad del instigador es manifiesta por cuanto A se debe representar la lógica posibilidad de que el arma que se entrega sea utilizada. En este sentido el instigador como los restantes partícipes en el hecho, deberán responder si se perpetra el homicidio por el autor material, pues todos sabían que dicho sujeto estaba armado y consistieron en participar.

Distinto sería el caso si B, luego de perpetrado el asalto sin usar el revolver; en el trayecto a su casa tiene un altercado con su enemigo C y le dispara, matándolo. En esta hipótesis A sólo responde del robo agravado por el uso del arma, siendo totalmente ajeno al homicidio consumado por B. Tampoco habría complicidad por el suministro del arma pues dicha forma de participación también requiere una convergencia subjetiva que en el caso no la hay con relación al último delito perpetrado.

Distinto sería la solución si estuviéramos frente a un delito calificado por el resultado, en cuyo caso la agravante es objetivamente impuesta por el legislador y, como tal, deben asumir esa responsabilidad mayor tanto el autor como el instigador.

Reiteramos que, en definitiva, si bien la responsabilidad depende, accesorias, del hecho cometido por el autor (instigado), cada uno responde por su propia culpa y sólo por ella; por lo tanto, debemos remitirnos a los principios generales de la culpabilidad. No obstante, en esta cuestión del exceso quizá sea conveniente subrayar un aspecto útil para no incurrir en confusiones, aspecto que a tocado la doctrina italiana y consiste en pensar que lo que el instigador quiere, y a ello apunta su accionar, es conseguir que el instigado cometa determinado hecho y no un determinado delito. La consecuencia más grave imputada a título culposo al autor no debe ser cargada en su cuenta.³⁴

³⁴ IBIDEM. p.462.

5.3.3.3.8 EL INSTIGADO COMETE UN DELITO MENOS GRAVE

El exceso del instigado implica necesariamente la idea opuesta del defecto de acción podría superar el querer (exceso), así como también quedar detrás de él (conato). En el exceso el hecho sobrepasa la intención, mientras que en el otro caso la intención sobrepasa lo realmente ocurrido. En este último supuesto el delito perpetrado es menos grave como podemos verlo en los ejemplos antes expuestos: A instiga a B para que robe un objeto de un comercio y le entrega un arma para que irrumpa con ella y se apodere del mismo; B, opta por no llevarla y hurtar ese objeto. Tal situación beneficia al instigador a la hora de responder, por cuanto mal se le podría atribuir un hecho delictivo que no fue cometido, sino sólo proyectado por el instigador.

Cuando el instigado lleva acabo un hecho de menor gravedad, pero no corresponde básicamente a lo previsto en la instigación, aunque con menor intensidad (lo conversado era apalea a la víctima para que recordara hasta el fin de su existencia la venganza por lo que había hecho y en vez de ello el instigado sólo le propina un o par de trompadas). Por su parte el defecto cualitativo se presenta cuando el instigado comete un hecho menos grave desde una perspectiva típica, pues la figura ejecutada un encuadramiento menor reproche penal. Sin embargo, hay que verificar que lo efectivamente cometido ni llegue a quedar atrapado como tentativa del hecho más grave propuesto por el inductor.³⁵

5.3.3.3.9 GRADUACIÓN DE LA PENA DEL INSTIGADOR

La punibilidad del instigador ordinariamente se equipara, para los efectos de la pena, al instigador y al autor material. Dentro de nuestro sistema, queda al arbitrio del juzgador aplicar la pena estimada justa y acorde a la personalidad del delincuente, siguiendo como índice valorativo las circunstancias descritas por los artículos 51 y 52 del Código Penal. Es decir existe un margen de flexibilidad para que el juez considere la conducta desplegada y, dentro de la escala, tome en cuenta el dato para igualar, aumentar o disminuir el reproche a los distintos intervinientes o participantes en el hecho delictivo.

³⁵ IBIDEM. p.463.

CONCLUSIÓN

De acuerdo al estudio realizado se asevera la hipótesis ya que en las formas de participación del delito no existe la autoría intelectual; asimismo, conforme al análisis realizado en la figura del instigador el derecho penal sustantivo no estipula claramente al autor intelectual, sino únicamente a aquel que determine a otro a cometer el delito (instigación), es decir no existe la creación legislativa, y por lo tanto el estado no ha descrito la conducta del autor intelectual en los preceptos penales y no ha tutelado una norma de cultura juridizada y se carece de la descripción legal formulada en abstracto y también adecuación de la acción modelo descrito por el legislador y en consecuencia no se puede dar el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley por lo tanto, no es contrario a derecho, no hay violación de las normas de cultura reconocidas por el estado, asimismo como se puede observar en el transcurso de este trabajo el autor intelectual cuenta con mayor desarrollo mental que la gente ordinaria pero aun no puede dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado de lo cual no existe tipo penal que lo convierta en imputable, de igual manera el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, solo puede ser a título doloso que simplemente es la intención de ejecutar un hecho delictuoso y está constituido por el conocimiento y previsión de un resultado que se sabe injusto, así como la contemplación de las consecuencias objetivas de la acción que en consecuencia consiste en la voluntad de realizar el acto de lo cual se infiere que no cabe la culpa en el autor intelectual, y de acuerdo con la punibilidad existe un margen de flexibilidad para que el juez considere la conducta desplegada y, dentro de la escala, tome en cuenta el dato para igualar, aumentar o disminuir el reproche a los distintos intervinientes o participantes en el hecho delictivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARILLA BASS, FERNANDO. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. 7ª ed. ED. PORRÚA. MEXICO 1997. P.p. 317.
- CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL. 2ª ed. ED. CARDENAS. MÉXICO 1994. P.p. 327.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. 3ª ed. ED. ROBLEDO. MÉXICO 1960. P.p. 390.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL. 32ª ed. ED. PORRÚA. MÉXICO 1993. P.p. 361.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS DEL DERECHO PENAL. 40ª ed. ED. PORRÚA. MÉXICO 2000. P.p. 363.
- CUELLO CALON, EUGENIO/CAMARGO HERNANDEZ, CESAR. DERECHO PENAL. 16ª ed. ED. BOSH. ESPAÑA 1971. P.p. 463.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO. LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL. ED. RUBINZAL-CULZONI. ARGENTINA 2001. P.p. 89.
- FIERRO, GUILLERMO JULIO. TEORIA DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL. 2ª ed. ED. ASTREA. ARGENTINA 2001. P.p. 590.
- FRANCO SODI, CARLOS. NOCIONES DEL DERECHO PENAL PARTE GENERAL. 14ª ed. ED. BOTAS. MÉXICO 1978. P.p. 325.
- GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO. 4ª ed. ED. ABELEDO PERROT. ARGENTINA 1958. P.p. 99.

- LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 7ª ed. ED. PORRÚA. MEXICO 1997. P.p. 303.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. TEORIA GENERAL DEL DELITO. 2ª ed. ED. NOMOS. MÉXICO 1995. P.p. 333.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. COMENTARIOS DE DERECHO PENAL. 3ª ed. ED. PORRÚA. MEXICO 1973. P.p. 214.
- PLACENCIA VILLANUEVA, RAÚL. TEORIA DEL DELITO. 1ª ed. ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM. 2004. P.p. 287.
- PORTE PETIT CADAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. 15ª ed. ED. PORRÚA. MÉXICO 1993. P.p. 508.
- ROXIN, CLAUS. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS Y LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO. ED. CIVITAS. ESPAÑA 1997. P.p. 1071.
- SAFFARONI, EUGENIO RAÚL. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. ED. CARDENAS, BOLIVIA 1997. P.p. 490.
- VELA TREVIÑO, SERGIO. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. ED. TRILLAS. MÉXICO 1996. P.p. 415.
- VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. 3ª ed. ED. PORRÚA. ARGENTINA 1975. P.p. 658.

LEGISLACIÓN

- FEDERAL. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.
- GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.
- SCJN COMPILACION DE LEYES FEDERALES Y DEL DISTRITO FEDERAL.

OTRAS FUENTES

- MORENO HERNANDEZ, MOISÉS. INDUCCIÓN AL DELITO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. TOMO IV. ED. PORRÚA. MEXICO 2002. P.p. 1071.
- MORENO HERNANDEZ, MOISÉS. AUTOR DEL DELITO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. TOMO I. ED. PORRÚA. MEXICO 2002. P.p. 580.
- EL DELINCUENTE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, ENCICLOPEDIA JURIDICA MEXICANA. TOMO XI. ED. PORRÚA. MEXICO 2002. P.p. 454.
- ENCICLOPEDIA MICROSOFT. ENCARTA 1999.
- CABANELLAS DE LA CUEVAS, GUILLERMO. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. 14ª ed. ED. HELIESTA. ARGENTINA 2000. P.p. 422.
- DICCIONARIO LEXICO HISPANICO. 8ª ed. ED. W,M JACKSON. MÉXICO 1980. P.p. 1463.

- DICCIONARIO CONCISO SINONIMOS Y ANTONIMOS. ED. OCEANO. ESPAÑA 1998.
- <http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/uno.htm>
- <http://www.derecho.unam.mx/papime/TeoriadelDelitoVol.II/seis.htm>
- <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/default.htm?s=>
- <http://diccionario.terra.com.pe/cgi-bin/b.pl>
- <http://www.juridicas.unam.mx/>
- <http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/juslib/120/59977.htm?s=>