

878509

1  
2y.

# UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



## LA IMPUTABILIDAD Y EL PROCEDIMIENTO PARA LOS INIMPUTABLES EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA

MANUEL ABIZAID MARANGHI

MEXICO, D. F.

1987



## **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 está 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.

## I N D I C E

### CAPITULO I.- DEL DELITO EN GENERAL

1. EL HOMBRE Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL.
2. DISCIPLINAS AVOCADAS AL ESTUDIO DEL DELITO.
3. CONCEPTO DEL DELITO.

### CAPITULO II.- LA TEORIA DEL DELITO.-

1. LA TEORIA DEL DELITO.
2. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

### CAPITULO III.- EVOLUCION DEL CONCEPTO DEL DELITO.-

1. EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES
2. EL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA.
3. EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA.
4. CRITICA A LA ESCUELA POSITIVA; PROBLEMATICA DE LA LIBERTAD.
5. TERZA SQUOLA.
6. EL PENSAMIENTO DE FRANZ VON LISZT.

### CAPITULO IV.- EVOLUCION Y CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD.-

1. BREVE NOCION DE LA IMPUTABILIDAD.
2. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO ANTIGUO.
3. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO DEL MEDIOEVO.
4. LA IMPUTABILIDAD EN LA ESCUELA CLASICA Y EN LA ESCUELA POSITIVA.
5. NUESTRO PUNTO DE VISTA.

**CAPITULO V.- LA IMPUTABILIDAD A LA LUZ DE LA DOGMATICA JURIDICA.-**

1. ¿ QUE ES LA DOGMATICA JURIDICA ?
2. LA DOGMATICA ES CIENCIA TEORICO-COGNOSCITIVA.
3. LA DOGMATICA JURIDICA ES CIENCIA FORMAL Y ABSTRACTA.
4. EL DERECHO POSITIVO, OBJETO DE ESTUDIO DE LA DOGMATICA JURIDICA.
5. LA DOGMATICA JURIDICA Y EL FORMALISMO JURIDICO DE HANS Kelsen.
6. CONCEPTO DOGMATICO DE LA IMPUTABILIDAD.
7. IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

**CAPITULO VI.- PROCEDIMIENTOS PARA LOS INIMPUTABLES.-**

1. ORDENAMIENTOS LEGALES.
2. CAUSAS DE JUSTIFICACION.
3. TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES EN INTERNAMIENTO O EN LIBERTAD.

**CAPITULO VII.- EXTINCION DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES.-**

1. PROCEDIMIENTO RELATIVO A LOS ENFERMOS MENTALES.
2. OPINION PERSONAL Y COMENTARIOS DEL SUSTENTANTE .

## DEL DELITO EN GENERAL

## 1.- EL HOMBRE Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL.-

Ser consciente y ser responsable son imperativos para la plenitud material y espiritual de la vida humana; ser consciente significa en el hombre tener aptitud de aprehender con nitidez el mundo circundante; ser responsable implica su capacidad de otorgar a cada momento vivido, la respuesta más adecuada al individuo mismo y a la sociedad. Con ese fin el hombre se encuentra dotado de libertad, libertad en el hombre no absoluta, pero la imprescindible para seleccionar uno solo de los varios caminos posibles dentro de la circunstancia concreta planteada a cada instante de su devenir vital.

Con el propósito de obtener sus finalidades específicamente humanas, el hombre se apropia un instrumento importante: la naturaleza exterior sobre la cual actúa, pero también utiliza la colaboración de los demás seres humanos, y él, a su vez, debe contribuir con ellos a la realización de la obra común. Todo eso, constituye una necesidad individual y social, pero también implica una necesidad y un deber jurídico imperativo, nacido de la Autoridad Estatal. Este último es un imperativo nacido de un precepto fundado en la autoridad estatal, cuyo incumplimiento o transgresión, provoca la aplicación coactiva de ese deber con los medios dispuestos por el Estado. Entonces, si el hombre pretende actuar con absoluta libertad, chocará, en el plano social, con normas jurídicas, morales y del trato social, y en el plano natural, con las leyes físicas. En el orden jurídico, punto de interés en este trabajo, si el hombre no se somete a los mandatos y prohibiciones señalados por las leyes penales, se convierte en un delincuente y el Estado le --

aplicará las sanciones establecidas en aquéllas con anterioridad al hecho, ordenando su segregación o su confinamiento de la sociedad a quien su presencia perjudica, pues el ordenamiento jurídico solo protege la libertad humana cuando se ejerce dentro de los límites establecidos en sus normas y garantiza la inatacabilidad de su propósito, dándole seguridad para su desenvolvimiento y realización; pero si el hombre pretende actuar dentro de su grupo social con una libertad absoluta, pugnará con los postulados y propósitos del orden jurídico, entrando en funciones las facultades coactivas del Estado para someter esa pretendida libertad absoluta, a los justos límites preceptuados por las citadas leyes, toda vez que siendo uno de los fines del Estado la realización del bien común, protegerá, ante todo el bienestar y tranquilidad de la convivencia social.

El Derecho Penal, consagra coactivamente, las aspiraciones y postulados que la sociedad ha estimado como más valiosos. De ahí arranca la idea del bien jurídicamente tutelado como una noción primaria del Derecho Penal, que alberga subyacente, un contenido sociológico. De donde se colige que la protección colectiva de tal contenido es un presupuesto de la norma y la punición, significa la reprobación social de la conducta transgresora del consenso de la sociedad expresado en el precepto legal.

La aspiración del Estado moderno es marcadamente humana; su actividad, por medio de la justicia y de la seguridad tiende a crear un ambiente social favorable mediante el cual, el hombre y la sociedad realicen sus fines. Por eso, las conductas humanas contrarias a Derecho, implican un daño o un peligro para la armonía de dicha sociedad y para la realización del bien común y de la justicia. Con ese motivo el Estado, en ejercicio del **jus puniendi**, dicta las leyes respectivas; establece cómo --

debe juzgarse a los transgresores de ellas y cómo deben aplicarse y ejecutarse las penas y las medidas de seguridad, a quienes cometan actos tipificados como delitos.

De los conceptos vertidos, se desprende la idea -- del fenómeno delictivo como un menoscabo a los valores y aspiraciones que la sociedad ha consagrado como de mayor rango al plasmarlos y protegerlos en las normas del Derecho; por ello, el estudio e investigación del delito es en extremo complejo y reclama la intervención de diversas ramas del humano saber; su conocimiento se entrega al estudioso sólo parcialmente, aún dedicándole toda una vida, pues su entidad poliédrica proporciona un gran número de aspectos de conocimiento, de naturaleza diferente, los cuales pueden ser el campo fértil para el florecimiento de vocaciones diversas.

El delito existe en la naturaleza y en ella se manifiesta como un acaecer en el tiempo y en el espacio, pero no como una entidad objetiva susceptible de aprehenderse inductivamente, ya con el carácter de delito, sino únicamente como hecho; es decir, la entidad delito no existe **per se** en la naturaleza; en ella solamente pueden encontrarse sus fragmentos como otros tantos fenómenos naturales, desentrañables por las inmutables leyes explicativas del universo; pero su cohesión óptica, su integridad física, no existe **como delito** en cuanto tal. " Es creación y asociación humana de elementos de distinto orden, que a través de un juicio sintético apriori, mediante una relación estimativa entre determinados actos frente a la vida social, integra el concepto de delito ". (1)

## 2.- DISCIPLINAS AVOCADAS AL ESTUDIO DEL DELITO.-

El delito, en cuanto entidad jurídica, no puede ser explicado sino por el derecho, sin ser válidas como objeto de investigación, si bien toda disciplina cuya finalidad es el

(1) IGNACIO VILLALOBOS " La crisis del Derecho Penal en México ", página 57, Editorial " JUS ", México, 1948.

conocimiento de un aspecto de la realidad y el Derecho y el Delito son realidades desentraña las causas inmediatas a las cuales - hay que recurrir y los principios explicativos necesarios para -- llegar a la verdad, esto no sucede con el Derecho, porque lo jurí dico no cae dentro del ámbito de la naturaleza; no es " realidad-natural " y por tanto el método experimental, imprescindible para el estudio de ella, es inoperante en el conocimiento del Derecho- y del delito.

El Derecho como disciplina social, hace intervenir- otras ciencias llamadas auxiliares, en el estudio de los asuntos- que aquél tiene como materia propia, pero solamente en cuanto --- arrojan luz sobre el aspecto causal del delito[si éste es el tema de investigación] que constituye para esas ciencias su tema visce ral de estudio, el cual es muchas veces, **una realidad natural**, in- dependiente de toda intervención de la mente humana, aún cuando - relacionada con el ilícito penal.

De lo anterior se desprende que el delito, puede -- ser estudiado, en cuanto conjunto de fenómenos fragmentarios de - esencia distinta, por las llamadas **ciencias causales explicativas** que pueden servir pero no en forma absoluta ni en su integridad - óntica, sino solamente dentro de cada uno de los ángulos cuyo es- tudio constituya el punto de atención del momento y aspecto de la realidad natural motivo de investigación, por formar parte del de lito; pero éste sólo puede ser captado en su ser esencial, sir -- viéndonos de las disciplinas llamadas normativas. En ellas se en cuentra el punto de partida y la explicación de la entidad delito y dentro de ellas, es el Derecho a través del cual puede adquirir se un conocimiento genérico y específico de aquél. Más como se - ha dicho, para el jurista es imprescindible utilizar los aportes-

de las ciencias auxiliares y de las ciencias causales explicativas, para conocer el ilícito penal, no obstante que lo estudie desde el punto de vista normativo, pues ya hemos visto cómo los fragmentos de la entidad delito constituyen otras tantas disciplinas, cuya intervención de ninguna manera puede soslayarse, -- convirtiéndose dichos fragmentos en un todo unitario de naturaleza jurídica, a virtud de la cohesión procurada por el Derecho, -- constituyendo así el delito en cuanto tal.

En resumen, son dos los principales grupos de disciplinas científicas que se avocan al estudio del delito, a saber: las ciencias causales explicativas y las ciencias normativas, a las cuales deben añadirse las ciencias auxiliares.

Las ciencias causales explicativas se bifurcan en dos grandes ramas: ciencias criminológicas y ciencias criminalísticas.

Son ciencias criminológicas, la Antropología Criminal, denominada también Biología Criminal ( LOMBROSO ), la Sociología Criminal ( FERRI ), la Endocrinología Criminal ( PENNE, VIDONI ).

La Psicología Criminal, rama de la Antropología Criminal ( FREUD y ADLER ), la estadística Criminal.

Como ciencias criminalísticas o auxiliares del derecho penal, son la Medicina Legal y la Criminalística, así como la Psiquiatría Médico Legal.

Por último, es imprescindible hacer referencia a la Política Criminal definida como la Ciencia, conforme a la cual el Estado debe de realizar la prevención y represión del delito.

Para el objeto de nuestro trabajo y en relación con nuestra especialidad profesional, los aportes de estas ramas del saber sirven de pedestal y de punto de partida para el estudio normativo del delito.

### 3.- CONCEPTO DEL DELITO.

La palabra delito deriva del verbo latino " delinquere ", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley. (2)

(2) FERNANDO CASTELLANOS TENA: "Lineamientos elementales de Derecho Penal en México ", página 37, Editorial "JUS", México, 1948.

¿ Será posible definir lo que el delito en su ser esencial, formulando un concepto con validez universal ?.

La Idiosincrasia de cada comunidad humana, las -- costumbres, su concepto del mundo y de la vida, se encuentran -- íntimamente ligadas con la idea gestada por esa colectividad -- acerca del delito. Por ello, las conductas que por socialmente dañosas han tenido ese carácter en una época y lugar ciertos, - en otros distintos lo han perdido, el tiempo cambia las conside raciones de una conducta delictuosa, e incluso lo que ayer era delito, ahora se erige en galardón preciado de valor y amor a la patria ( podemos citar como ejemplo, los actos de barbarie cometidos por los esbirros del Estado Nacional Socialista Obrero Alemán ), o por el contrario, hechos de carácter no delictivo, lo han adouirido en función de situaciones y necesidades di versas. Pero "a pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible caracterizarlo jurídicamente por medio de fórmulas generales que determinen sus atributos esenciales"(3) Sin embargo, a primera vista podría parecer temeraria semejante --- afirmación, dada la disparidad de idiosincrasias, derivadas de los distintos lugares de la tierra y aún en diferentes épocas y en relación con determinado lugar, se antoja imposible realizar una empresa semejante; "baste sólo citar que en la Edad Media, - por razones de orden religioso, se llegó a pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Y refiriéndonos a las -- personas, vemos también que la valoración jurídica recaída sobre sus conductas varía a través del tiempo.

Acaso fué entonces la hechicería el delito más -- tremendo. La valoración jurídica así lo consideró en aquellos -- tiempos y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades en -- holocausto a la valoración de la época. Ello se debió a que la valoración jurídica no se hacía como ahora; no descansaba en -- los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido". (4)

(4) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Cfr. "LA LEY Y EL DELITO", página 136, Editorial "ANDRES BELLO", Caracas, Venezuela, 1945.

Lo anterior prueba, al decir de Don Luis Jiménez de Asúa, que el delito fue siempre lo antijurídico y por ello - un ente jurídico; lo subjetivo, es decir la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culposo, que hoy figura en todos los Códigos; con el afinamiento del Derecho aparece, junto al elemento antijurídico el cual es multiseccular, la característica de la culpabilidad.

A pesar de ello, hemos de reconocer que la expresión y el contenido conceptual de " ente jurídico ", sólo es -- pues inculpinable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y pena. (5)

La doctrina del delito " ente jurídico ", es hija del ilustre ingenio de Francisco Carrara, remate y perfeccionamiento de predecesores también ilustres; ROMAGNOSI Y FEUER -- BACH, primero y después Carmignani.

Francisco Carrara, dada la perfección alcanzada por su doctrina, llegó a aconsejar a sus discípulos, que no habiendo nada más allá de lo investigado y siendo el Derecho Penal un orden perfecto, todos sus esfuerzos debían encaminarse a la investigación y perfeccionamiento del Derecho Procesal.

Según la definición del maestro italiano, cuya ardua labor dió el nombre de clásica a la corriente del Derecho Penal de la cual fué el representante más señalado, el " delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo -- del hombre, positivo o negativa, moralmente imputable y políticamente dañoso ". (6)

(5) LUIS JIMENEZ DE ASUA: Cfr. "La Ley y el Delito", página 202 Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.

(6) FRANCESCO CARRARA: "Programa del Curso de Derecho Criminal-Capítulo II, página 41, número 21, Editorial "De Palma", Tomo I, Buenos Aires, 1959.

Lo de contrario de la ley había de ser, pocos años más tarde, menos de un cuarto de siglo, rectificado por Binding. En proteger la seguridad estaba la esencia de la entidad del delito; sólo las leyes de seguridad lo crean. El agto externo separaba los pensamientos.

La fórmula " ente jurídico ", revela claramente, en la tesis carrariana, su distinto contenido del delito como hecho. Este último alude a su origen, a la pasión humana. El otro, a la naturaleza de la sociedad civil que requiere frenar los deseos.

Por su parte, Luis Jiménez de Asúa afirma que el contenido del delito gira alrededor de los siguientes elementos: acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Sin embargo, sigue diciendo el insigne tratadista, al definir la infracción punible, nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que parecen variables. En este aspecto, diré que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas, actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad penalidad y en ciertos casos, condiciones objetivas depunibilidad. (7)

Ahora bien, el acto, tal como nosotros lo concebimos, independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psi-

(7) Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito " página 207, Buenos Aires, 1959.

cológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en cuatro requisitos: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito. (8)

Por su parte el profesor español Eugenio Cuello Calón, expresa que el delito es la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible. (9)

De las tres definiciones transcritas, puede fácilmente concluirse que no existe unidad de pensamiento, respecto al número de ingredientes integradores del delito a tal grado, que a partir de esta referencia, es decir, atendiendo al número de elementos constitutivos del ilícito penal, puede hablarse de definiciones bitómicas, tritómicas, según se hagan intervenir en ellas, dos, tres, cuatro, cinco, seis o siete elementos esenciales para la configuración del delito.

Personalmente creemos que la entidad-delito en cuanto tal, nace en forma primigenia del Derecho, ya sea éste el más primitivo, o el más evolucionado en los Estados contemporáneos, es decir, nos adherimos en este punto; a la tesis formalista de nuestro Código Penal Mexicano que afirma: " Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales " [ sin pretender tomar tal tesis como una definición, por haberse omitido en ella elementos de cabal importancia ]. Y esto es así, diremos con Hans Kelsen, porque

(8) Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito " página 207, Buenos Aires, 1959.

(9) Eugenio Cuello Calón: " Derecho Penal ", capítulo XVIII, página 257, 9a. Edición, Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1953.

(10) Julio Jiménez Huerta: Cfr. "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal.,

para encuadrar una cierta conducta dentro de la esfera de lo jurídico o de lo antijurídico, es imprescindible que una norma, " formalmente válida " previamente así la califique, pues independientemente de los conceptos de laboratorio, en la República Mexicana sólo es delito formalmente hablando, el acto u omisión sancionado por las leyes penales, y en otro Estado será delito lo que esa entidad haya consagrado como tal en -- sus leyes, justa o injustamente; éstas, al fin y al cabo, son el retrato más o menos fiel de lo que la colectividad considera dañoso y cuya comisión estima necesario reprimir en aras de una vida social e individual más plena, finalidad suprema de todo ordenamiento jurídico. Pero claramente se comprende que la ley mexicana no concluye en el artículo 7o. del Código Penal; habrá que estudiar integralmente el ordenamiento jurídico penal del país, para captar cuál es el concepto material del delito que anida en él. Ya el profesor Jiménez Huerta, en su cátedra de Derecho Penal, ha dicho; El artículo 7o. del Código Penal de 1931 expresa que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; pero el concepto no que da integrado únicamente con estas palabras. De ser así, sería también innecesario el elemento de la culpabilidad, pues el mismo no se menciona en dicho artículo, por ser uno de los conceptuales del delito. Idénticamente acontece en orden a la antijuricidad del acto u omisión que sancionan las leyes penales. El carácter antijurídico de dicho acto u omisión. está también ínsito en la fórmula sintética de la ley, por -- ser igualmente, un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión enjuiciada no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien -- por especiales consideraciones que impiden valorar el acto como contrario a derecho, no es posible hablar de la existencia

de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual, aclarando que las formas de expresión de la ley, no agotan la idea conceptual del delito. Ella debe buscarse en todo el ordenamiento jurídico penal. O también diremos; tan pronto se realiza una conducta, es típica en tanto hay una adecuación a alguno de los tipos que describe el Código Penal y es presuntivamente antijurídica en cuanto dicha conducta, siendo típica, no está amparada o protegida por una causa de justificación de las recogidas por el artículo 15 en sus respectivas fracciones. Es imputable al no concurrir la " excepción-regla " de no capacidad de obrar en Derecho Penal, contenida en la fracción II del Artículo 15, o sea la no concurrencia de una causa de inimputabilidad. Siendo la conducta culpable, atento lo preceptuado por los artículos 80. y 90. fracción II del Código Penal, en cuanto no surja una causa de inculpabilidad, y por último, será la conducta punible si no existe una de las excusas absolutorias a que alude la propia ley. (10) (11) .

Por todo ello, cuando el profesor Luis Jiménez de Asúa afirma que delito es "el acto típicamente antijurídico... ", está en lo cierto, pues delito solamente puede ser lo contrario a Derecho, lo antijurídico, la conducta opuesta a la norma nacida de una fuente formalmente establecida como es la ley; fuera de ésta, no hay conducta a la que pueda atribuirse el carácter de delito. Pero es imprescindible señalar que para considerar una conducta como delito debe manifestarse en el mundo exterior [ pues la norma penal sanciona la conducta externa ], viniendo a ser tal manifestación de conducta, el soporte natural de la entidad delito, -- constituyendo con la antijuricidad y la tipicidad, el elemento objetivo de esa entidad jurídica, pues la parte subjetiva de ella se encuentra constituida por la culpabilidad, la cual presupone la imputabilidad a un hombre [ de la conducta delictiva ], siendo ésta la base psicológica de aquella. (12)

(10) Julio Jiménez Huerta: Cfr. "Importancia de la Dogmática-Jurídica Penal ", edición escolar, México, 1956.

(11) Celestino Porte Petit: Cfr. " Importancia de la Dogmática Jurídica Penal ", edición escolar, México, 1956.

(12) Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito " página-208, Editorial Hermes, Buenos Aires-México, 1959.

## II. LA TEORIA DEL DELITO

- 1) La teoría del delito.
- 2) Aspectos positivos y negativos del delito.

II

LA TEORIA DEL DELITO.

2.- LA TEORIA DEL DELITO.-

El estudio sistemático del delito no data de mucho tiempo; los especialistas señalan como punto de partida la obra de CESAR BONESANA, MARQUES DE BECCARIA, aparecida por primera vez, anónimamente, en Milán el año de 1764; es curioso observar como dicho estudio, denominado " DEI DELITTI E DELLE PENE ", se difundió rápidamente por el mundo entero y -- con él, iniciase la etapa científica del Derecho represivo y -- consecuentemente del estudio del delito.

A raíz de la obra de BECCARIA surgen infinidad de pensadores que aportan sus propias ideas hasta culminar con el gran maestro de Pisa FRANCISCO CARRARA [ 1805-1888]. Este pensador hace descansar toda su doctrina en el libre albedrío; es decir, sobre la base de que el hombre posee libertad de facultad para discernir entre el bien y el mal; si sigue el mal es porque lo quiere y no porque la fatalidad de la vida le haya conducido a su ejecución; por ende, debe dar cuenta a la colectividad de los hechos realizados. En consecuencia, para la doctrina clásica, cuyo portaestandarte supremo es el mencionado FRANCISCO CARRARA, la responsabilidad es de tipo moral, -

por pertenecer la decisión del actuar o del abstenerse a la voluntad. Este ilustre pensador concibe el delito como la infracción a la Ley dictada por el Estado, para proteger la seguridad de los ciudadanos, como resultado de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.(1)En torno a esta definición, el penalista contemporáneo --- LUIS JIMENEZ DE ASUA, comenta que CARRARA quiso dejar perfectamente esclarecido que el delito sólo infringe las leyes humanas para evitar en esa forma la antigua confusión con el pecado, -- apartamiento de la ley divina, así como con el vicio, abandono de la ley moral; a juicio del citado penalista hispano, FRANCISCO CARRARA incluyó en su definición que el delito ha de violar precisamente las disposiciones dictadas por el Estado para la seguridad de los ciudadanos, porque sin tal fin la norma correspondiente carecería de obligatoriedad y también para hacer patente que el ilícito penal altera la seguridad de los ciudadanos; por otra parte, que la infracción ha de obedecer a un acto exterior del hombre, ya sea activo o pasivo, a fin de eliminar del campo de la ley represiva los simples pensamientos, deseos y sentimientos y también para dejar puntualizado que solo el -- hombre es susceptible de delinquir por sus actos o por sus omisiones. Finalmente, habla de la responsabilidad moral, en virtud de que la base de la doctrina carreriana consiste en el libre albedrío, pues para el, dice el mismo maestro JIMENEZ DE --- ASUA, la imputabilidad moral es el precedente indispensable de imputabilidad política(2)Solo nos permitimos agregar que, a --- nuestro juicio la fórmula del maestro de Pisa, sirve para caracterizar debidamente el ilícito penal, pues se trata de una definición con los elementos que acompañan al hecho delictuoso, de tal manera que a través del tiempo y del espacio puede caracterizársele con los factores a que alude el genial representante

de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

En la segunda mitad del siglo pasado se advierte una revolución en todos los órdenes y, consecuentemente también en el jurídico; tal revolución fué el positivismo, - que pretendió explicarlo todo en función de la experiencia y de la observación. Para los positivistas solo es científico el conocimiento que descansa en el método inductivo, experimental. - Los seguidores de esta corriente se ocuparon únicamente de lo real y entendieron por real, erróneamente a nuestro juicio, lo sensible, lo que captan nuestros sentidos, permaneciendo indiferentes ante aquello que no es dable estudiar por las vías propias de las ciencias de la naturaleza. Pero como se encontraron con el problema del análisis de la conducta humana, no era posible cerrarse las puertas y tuvieron que negar la libertad, - a fin de ser consecuentes con su doctrina, indudablemente sobre la base del determinismo del comportamiento del hombre, ya el camino era fácil, pues procuraron explicarlo todo en razón de fuerzas, de energía, de causas y efectos. Si el hombre no es capaz de elegir entre las varias posibilidades que le ofrece la existencia, sino que, al contrario, su vida está trazada de antemano, deducida a las resultantes de fuerzas de diversa índole es claro que sobre tales bases encontraron abierto el camino para estudiar la conducta humana y, por supuesto, el delito, por los métodos de las ciencias causales-explicativas. Adviértase que en realidad los positivistas no pudieron trabajar dentro del campo jurídico, esencialmente normativo y que supone la posibilidad de que el individuo acate los postulados de las normas o de los desaires, más sobre el cimiento apuntado, es decir partiendo de la negación rotunda, absoluta, categórica del libre albedrío, en realidad hicieron ciencias criminológicas que al fin y al cabo son causales explicativas de la criminalidad, - más no buscaron la norma adecuada para que los hombres, viviendo juntos, llevaran una vida mejor. Muchos son los portavoces-

del positivismo penal; suelen señalarse los tres más importantes del inicio de esta nueva manera de entender las cosas: CESAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI Y RAFAEL GAROFALO. El primero consideró el delito como resultante de factores biológicos; para él, la herencia constituye la clave de todos los problemas humanos. ENRIQUE FERRI pretendió descubrir en el factor ambiental la causa determinante de la delincuencia. RAFAEL GAROFALO es, como lo repiten constantemente los autores, el jurista del positivismo penal; no sólo dió contextura a las conclusiones de los diversos exponentes de esta concepción doctrinaria, sino elaboró su hermosa definición del delito natural, considerándolo como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. (3) Vuelvo a decir que la evolución positivista no terminó con los pensadores, sino que continuó desarrollándose y puede decirse que hasta la fecha no se ha terminado el deseo de indagar las causales de la criminalidad, pero actualmente las ciencias criminológicas ya se han separado de las ciencias jurídicas, para desarrollarse en su correcta posición, esto es, como disciplinas que pretenden inquirir por ciertas causas y relacionarlas con sus respectivos efectos. En consecuencia, GAROFALO en su definición, a la cual se ha denominado sociológica, no define el delito ni lo caracteriza, límitase a hablar de los efectos sociales de la criminalidad, pues resulta indudable que el ilícito penal viola el sentir general de la comunidad.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones de tipo formal y de tipo substancial. Las primeras son todas aquellas que caracterizan el delito por consecuencia ordinaria: la pena; en cuanto a las otras, es decir, a las de carácter substancial, consiste en, de hecho, envolver a la Escuela Clásica, aún cuando con varia-

da terminología, como lo veremos enseguida, más consideramos indispensable, antes de transcribir algunas definiciones jurídico-substanciales del delito, aludir a los dos diversos sistemas para su estudio.

Fundamentalmente se reducen a dos los -- criterios para analizar en su contenido substancial al ilícito penal; el unitario o tatalizador y el analítico o atomizador. -- Según la corriente unitaria el ilícito penal es un todo indivisible. Para BETHIOL, el delito es una entidad que no se deja escindir, que no se deja, para usar una expresión vulgar, rebanar. (4) Expresa FRANCISCO ANTOLISEI que el delito puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable; su verdadera esencia no está en cada uno de sus componentes sino en el todo y en su intrínseca unidad.(5) Pero el mismo autor indica que está fuera de duda que el delito no debe ser estudiado solo sistemáticamente, esto es, en su unidad y en las notas comunes que lo caracterizan precisa también analizarlo individualizando los elementos que lo constituyen. (6) Nosotros siguiendo al maestro mexicano CELESTINO PORTE PETIT, consideramos como único camino para entender debidamente el delito, el estudio sistemático de sus elementos, tanto positivos cuanto negativos, es decir, los factores que lo integran y las correspondientes causas impeditivas de su formación; el citado profesor mexicano dice textualmente; "Reconocemos las más importantes concocuencias que se derivan de la atomización del delito, sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de PETROCELLI, de que el análisis no es la negación de la unidad, sino el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración analítica". (7) De conformidad con el mismo pensamiento, el penalista español JUAN DEL ROSAL expresa: " Se ha conseguido aceptar que el concepto del delito es toda -- una unidad y su fragmentación en varios caracteres o elementos -- es sólo un medio de trabajo para resaltar del modo más claro posible, cada uno de esos aspectos integrantes y ver la función --

(5) Cfr. Manuale di diritto Penale. Pág. 144, 3a. Edic., 1955.

(6) Cfr. Manuale di diritto Penale. Pág. 144, 3a. Edic., 1955.

(7) Apuntes de la Parte Gral. del Der. Penal. Pág. 121, México, 1960.

sistemática que desempeñan, tanto en consideración a los preceptos de la ley positiva como en prueba a la elaboración dogmática de ellos. Y hoy no cabe sostener aquella concepción del delito que sostuvo su separación en diversos elementos, al modo de provincias independientes sino que, antes al contrario, ellos se -- nos ofrecen íntimamente conexiónados ". (8)

Ahora bien aceptando, como lo hemos hecho, el sistema analítico o atomizador, conviene dejar perfectamente esclarecido que los elementos integrantes del delito se presentan íntimamente ligados, a tal extremo que no puede afirmarse su independencia, pues en la realidad operan conjuntamente; solo con fines de estudio y fundamentalmente pragmáticos, es dable separarlos; nada más en el terreno conceptual existe entre ellos -- una prelación, más no en el ámbito temporal. Con acierto expresa el profesor PORTE PETIT que hay entre los elementos del delito -- una prelación lógica de que hablamos, pero no prioridad temporal.

Para LUIS JIMENEZ DE ASUA, el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. (9) EUGENIO CUELLO CALON, lo concibe como la -- acción humana antijurídica. típica, culpable. (10) Para FRANZ VON LISZT, el delito es un acto humano, culpable antijurídico y sancionado con una pena. EDMUNDO MEZGER, concibe el ilícito penal -- como una acción típicamente antijurídica y culpable. (12) A este -- concepto adhiere entre otros autores, CARLOS FONTAN BALESTRA.

Las definiciones transcritas permiten ad vertir la diversidad de criterios sobre el número de elementos in tegrantes del delito. Así la definición de JIMENEZ DE ASUA es de nominada heptatómica, en función de ser siete los ingredientes -- constitutivos del delito; en cambio la de CUELLO CALON se denomi na pentatómica por integrarse mediante cinco; en fin, la de VON --

(8) Principios de Der. Penal España.V.I. Pág. 409, Valladolid, 1943.

(9) Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 256, Ed. A.Bello, Caracas, 1945.

(10) Cfr. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 236, 8a. Edic. Barcelona, Esp.

(12) Cfr. Tratado de Derecho Penal. T.I. Pág. 156, Madrid, 1955.

LISZT y MEZGER resultan tetratómicas, por ser cuatro, aunque distintos, según cada uno de estos autores, los elementos -- esenciales del delito. Nosotros consideramos correcta la de finición de EDMUNDO MEZGER al estimar que el delito se integra por cuatro factores: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Por supuesto, como veremos después, preferimos que los factores constitutivos del ilícito penal son la conducta [ o el hecho ], la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, haremos referencia a los siete señalados por LUIS JIMENEZ DE ASUA, porque de cualquier modo los tres restantes encuéntranse ligados, en alguna forma, con el ilícito penal. Se ha hecho ya tradicional en trabajos como el presente, anotar el famoso esquema confeccionado por JIMENEZ DE ASUA en su obra la Ley y el Delito, en donde se refiere tanto a los aspectos positivos como a los negativos. (13)

## 2.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

### ASPECTOS POSITIVOS

1. Actividad.-
2. Tipicidad.-
3. Antijuricidad.-
4. Imputabilidad.-
5. Culpabilidad.-
6. Condicionalidad Objetiva.
7. Punibilidad.-

### ASPECTOS NEGATIVOS.

1. Falta de Acción.-
2. Ausencia de tipo.-
3. Causas de justificación.-
4. Causas de Inimputabilidad.
5. Causas de inculpa-  
bilidad.-
6. Falta de condición  
objetiva.-
7. Excusas absolutorias.-

(13) Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 259. A.Bello, Caracas, 1945.

Hemos dicho que dentro de los siete elementos señalados por el penalista LUIS JIMENEZ DE ASUA, solo son, a nuestro juicio esenciales cuatro, a saber: el elemento objetivo denominado por el propio JIMENEZ DE ASUA, actividad y que nosotros preferimos llamarle conducta unas veces, y hecho otras, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; de todos modos iremos analizando brevemente uno a uno de los señalados por el pensador Hispano antes mencionado, explicando las razones por las cuales merecen o no el rango de esenciales. Empezaremos como es natural por el elemento objetivo, a fin de seguir una prelación lógica o conceptual.

1.- Mientras los profesores MARIANO JIMENEZ HUERTA Y FERNANDO CASTELLANOS TENA, en México, prefieren denominar el elemento objetivo del delito con el nombre de CONDUCTA, nosotros estimamos que dentro de dicho vocablo se puede incluir correctamente tanto el hacer como el abstenerse, porque al decir del primero de los penalistas citados, la palabra CONDUCTA es un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior y también por reflejar el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre, para poder afirmar que integran un comportamiento dado.(1) Nosotros nos manifestamos en desacuerdo con esta terminología, pues estimamos, siguiendo al maestro PORTE PETIT, que en ocasiones si debe denominarse CONDUCTA el elemento objetivo; pero en otras el vocablo resulta insuficiente para comprender tanto la actividad o inercia humana, cuanto el resultado por ellas causado. En consecuencia, preferimos el empleo de una terminología variada; en ocasiones CONDUCTA y a veces HECHO. Para mayor

(1) Cfr. Panorama del Delito. Pág. 7 y sigs. México, 1950.

claridad, creemos de interés reproducir el criterio del maestro PORTE PETIT: " Pensamos que no es la conducta únicamente, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y de resultado material... El elemento objetivo del delito general, puede estar constituido por una conducta, si se trata de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un delito material o de resultado; los términos adecuados son CONDUCTA o HECHO, según la hipótesis que se presente. Esto nos lleva forzosamente a precisar que no puede en general, adoptarse uno solo de dichos términos; si se aceptara CONDUCTA sería reducido y no abarcaría los casos en que hubiera un resultado, y si HECHO, resultaría excesivo, porque comprendería, además de la conducta, el resultado material, consecuencia de aquélla ".-(2) Por CONDUCTA entendemos el comportamiento humano voluntario encaminado a un fin. En cambio, el HECHO se integra por una conducta, un resultado y un nexo de causa a efecto, entre este y aquélla. Hay ocasiones en las cuales el tipo penal se refiere únicamente a la simple actividad o a la mera abstención humana, integrándose, entonces por una conducta el elemento objetivo; pero a veces el propio tipo legal requiere de la producción de un resultado material, es decir, de una situación en el mundo externo. En este último caso, nos encontramos ante un hecho, pues el tipo precisa del comportamiento humano [ activo o pasivo ], del resultado y de una liga causal entre ambos.

El elemento objetivo del delito puede revestir la forma, según se desprende de lo expuesto de acción o de omisión. La primera radica en una actividad, en un movimiento del organismo humano; la segunda, en cambio, en una abstención. A su vez, los delitos de omisión se clasifican en omisión simple y comisión por omisión. En la simple omisión bas--

(2) Cfr. Apuntes de la Parte Gral. del Der. Penal. Pág. 153 sigs. México, 1960.

ta la inactividad del sujeto para colmar el tipo, mientras en la comisión por omisión, la abstención ha de producir un resultado positivo coincidente con la descripción legal de un delito. Se dice que en la simple omisión se infringe únicamente la norma que ordena, mientras en la comisión por omisión se violan dos, tanto la dispositiva cuanto la prohibitiva; también suele expresarse que en la simple omisión el resultado es puramente jurídico, [ violación de la norma ]; en la comisión por omisión, además del resultado jurídico, ha de surgir uno material.

Juzgamos innecesario demostrar que el elemento objetivo, sea conducta o hecho, resulta indispensable para la configuración del delito, pues en todo problema de naturaleza jurídica ha de encontrarse siempre la actividad o inactividad humanas. En consecuencia sin conducta [ o hecho en su caso ] no es posible concebir el ilícito penal.

2.- **TIPICIDAD.**- La tipicidad es la adecuación de una conducta o de un hecho a la hipótesis legalmente descrita. Es la coincidencia entre el comportamiento realizado, o en su caso, entre el comportamiento y el resultado, con la descripción legislativa. El profesor MARIANO JIMENEZ HUERTA define el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal, y la tipicidad, como un juicio lógico en el cual se afirma que la premisa histórica, es decir, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, o sea en el tipo que en cada caso entra en función.(3)

Afirmar que la tipicidad es ingrediente esencial del delito no es otra cosa sino reconocer el mandato constitucional del artículo 14, al expresar que no se --

puede imponer pena alguna por simple analogía o por mayoría de razón, cuando no exista una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Esto es confirmado por el artículo 7 del Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal: " Delito es el acto u omisión que sancionan -- las leyes penales ". Siendo la Constitución General de la República la norma suprema, el ordenamiento que rige las leyes y faculta a las autoridades, indiscutiblemente está por encima de gobernantes y gobernados; en consecuencia, los postulados constitucionales y especialmente los referentes a las garantías individuales, adquieren el rango de verdaderos dogmas; ahora bien, si el artículo 14 al cual hemos hecho referencia, establece la necesidad, para que se pueda imponer una pena, de verificar la coincidencia entre el hecho realizado y la hipótesis prevista en la ley, seguramente esta reconociendo, o mejor dicho exigiendo, como una verdadera garantía individual, la necesaria tipicidad.

En consecuencia, la tipicidad adquiere el rango de elemento indispensable del ilícito penal.

3.- ANTI JURIDICIDAD. - La antijuridicidad, como su nombre lo indica, es oposición al Derecho. - Tal pugna debe verificarse entre el comportamiento realizado en su fase puramente externa y la escala de valores establecidos. Es oposición no únicamente de forma, sino también de contenido, de donde derivan dos aspectos de la antijuridicidad; FORMAL y MATERIAL. - La antijuridicidad formal es oposición a la ley, la material, consiste en el ataque a los bienes o intereses que la ley protege. El maestro IGNACIO-VILLALOBOS textualmente dice: " Antijuridicidad es oposición al DERECHO; y como el Derecho puede ser legislado, de-

clarado por el Estado y formal o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuridicidad se puede afirmar - que es FORMAL, por cuanto se opone a la ley del Estado, y MATERIAL, por cuanto afecta a los intereses protegidos por dicha ley. No es preciso pensar, por supuesto, que cada especie de antijuridicidad, formal o material, excluye a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas, que son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa... así, la infracción de las leyes significa una ANTIJURIDICIDAD FORMAL, por la -- violación del precepto positivo derivado de los órganos del Estado; y una ANTIJURIDICIDAD MATERIAL por el quebrantamiento de las normas que la ley interpreta, o de los intereses sociales que una y otra [ norma y ley ] reconocen y amparan. Por eso también resulta excesivo afirmar que los delitos violan las normas y no las leyes, pues el quebrantamiento de -- aquellas se produce al través de las infracciones legales "(4)

Ahora bien, indudablemente, toda conducta típica es siempre antijurídica, salvo cuando exista -- una causa de justificación, pues si el legislador crea en -- los tipos prohibiciones y mandatos, evidentemente el amoldamiento de las conductas a ellos, entraña una contradicción - al Derecho, a menos que el propio ordenamiento jurídico esta blezca la excepción. Por ello dice el maestro PORTE PETIT - que la conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación(5) En consecuencia, - la antijuridicidad es indispensable para la integración del delito, porque los comportamientos lícitos, acordes con el - Derecho, lógicamente no pueden integrar aquél.

4.- IMPUTABILIDAD.- Para el maestro RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, es imputable quien posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar -

(4) Derecho Penal Mexicano. Pág. 249, 2a. Ed. Porrúa, 1960

(5) Programa de la Parte General del Derecho Penal. Pág. 285

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.(6) Por lo tanto, la imputabilidad en Derecho Penal es lo mismo que la capacidad en el Civil; en este se traduce en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, en tanto que en el campo jurídico penal consiste en la posibilidad de ser autor de un delito. La imputabilidad radica en dos elementos una de naturaleza física: desarrollo mental, y otro de carácter psicológico: salud mental. Evidentemente los dos aspectos son de tipo psicológico, porque el desarrollo del individuo comprende también el de su mente.

La imputabilidad no es, a nuestro modo de entender, un elemento autónomo del delito, sirve de soporte o base a la culpabilidad. Como veremos enseguida, la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito; para obrar culpablemente, precisa poseer capacidad de conocimiento y de voluntad; por ello, quienes no reúnan tales requisitos, jamás podrán ser culpables. Aún cuando, según nuestro punto de vista la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad y no elemento autónomo, dada su naturaleza, en la práctica hace las funciones de elemento esencial del delito, pues su ausencia impide la configuración del ilícito penal, más ello no significa pasar sobre la verdad técnica y otorgarle un rango que no le corresponde, pues la imputabilidad radica en el individuo, es calidad del sujeto, anterior a la realización del hecho delictuoso, en relación al resultado objetivamente delictuoso. La causación material del hecho por la conducta externa del autor, se complementa con la causación-subjetiva, psicológica del mismo, en la conducta interna del sujeto. Dadas ambas causales y no mediando en favor del imputable alguna causa legal de inculpabilidad [ error o coacción ], este debe responder legalmente de su acción(8) De ---

acuerdo pues, con el psicologismo, la culpabilidad se agota en el hecho psíquico causal del resultado. En México, los profesores FERNANDO CASTELLANOS TENA e IGNACIO VILLALOBOS, siguen aún sosteniendo el psicologismo. El segundo escribe: " 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 "(9) Para el primer maestro FERNANDO CASTELLANOS TENA, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto en su acto.(10)

Desde el punto de vista del normativismo, la culpabilidad, expresa LUIS JIMENEZ DE ASUA, es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica(11)El ya citado maestro mexicano LUIS FERNANDEZ DOBLADO, fervientemente defensor -- del normativismo considera la culpabilidad, desde este punto de vista, como un juicio de reproche. Expresa que no es únicamente una liga psicológica entre el autor y el hecho, ni se debe ver solo en la psiquis de la gente; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico, el cual no viene a ser sino el presupuesto de la misma valoración, el contenido del juicio de culpabilidad(12)Es a manera de una condición indispensable para poder delinquir. Desde ahora hacemos notar que, de entre los siete elementos antes mencionados, queda fuera de los esenciales la imputabilidad; sin embargo, no resulta ocioso insistir en que, como acabamos de expresar, funciona como si en realidad tuviera carácter de elemento indispensable del delito.

(8) Cfr. Culpabilidad y error. Pág. 23, México, 1950.

(9) Cfr. Derecho Penal Mexicano. Pág. 272, 2a. Ed. Porrúa, 1960.

(10) Cfr. Lineamientos Elementales de Der. Penal. Pág. 315, 5a. Ed. 1969.

(11) Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 444, Caracas, 1945.

(12) Cfr. Culpabilidad y error. Pág. 23, México, 1950.

5.- LA CULPABILIDAD.- La culpabilidad es definida de modo diferente, porque son múltiples las doctrinas que pretenden desentrañar su naturaleza jurídica. Desde luego estamos en condiciones de afirmar que se trata del elemento subjetivo del delito. Mientras la antijuridicidad es oposición del hecho con el Derecho, la culpabilidad es rebeldía del individuo con el orden jurídico. En el delito se dá una dual oposición al Derecho: objetiva y subjetiva; la primera corresponde a la antijuridicidad en tanto la segunda al elemento que nos ocupa, es decir la culpabilidad.

Las corrientes que se ocupan de estudiar la culpabilidad pueden reducirse a dos fundamentalmente: la PSICOLOGISTA y la NORMATIVISTA.

De acuerdo con la primera concepción, la culpabilidad radica en el hecho psicológico productor del resultado. El penalista argentino SEBASTIAN SOLER, afiliado al psicologismo, considera a la culpabilidad como una relación psíquica entre el autor y el hecho; en consecuencia expresa el mencionado penalista, supone el análisis de la situación interna del sujeto; la culpabilidad reside en él; es la fuerza moral subjetiva del delito, dentro de la terminología Carririana.(7)

Para el psicologismo, dice el profesor mexicano LUIS FERNANDEZ DOBLADO, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva 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, cual ha

(7) Cfr. Derecho Penal Argentino. T.II.Pág.13,TEA 1953

sido la conducta que ha guardado.

El contenido de la culpabilidad radica en dos factores; por una vertiente, una conducta que se ha realizado dolosa o culposamente, es decir, con voluntad de producir el resultado, o sin este requisito, pero omitiendo las cautelas y precauciones debidas. Por otra parte, que la actitud subjetiva del individuo al realizar el hecho, sea jurídicamente reprochable. De acuerdo con la corriente psicológica, los elementos de la culpabilidad son dos: intelectual y volitivo; áquel consiste en el conocimiento de lo que se hace, en entender la misma actuación, en tanto el segundo, en querer. En cambio, según el normativismo no bastan estos elementos, precisa que el Estado esté en condiciones de reprochar al sujeto su comportamiento, pues en ocasiones el Derecho no está capacitado para exigir a los hombres un obrar diferente al ejecutado, por mediar circunstancias especialísimas; en este caso; aún cuando la conducta típicamente anti-jurídica sea realizada con dolo o bien con imprudencia [ para usar la terminología de nuestra Ley ], mediando factores-específicos no le es dable al Estado exigir una actuación diferente.

Son dos las formas tradicionales de la culpabilidad: DOLO y CULPA; sin embargo muchos especialistas agregan una tercera especie: la PRETERINTENCION.

EL DOLO, al decir de MIGUEL GARCILÓPEZ, es la conciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal<sup>(13)</sup>El ilustre maestro FERNANDO CASTELLANOS TENA, expresa que es el actuar conciente y voluntario, dirigido a la producción de un hecho típico y antijurídico<sup>(14)</sup>Para LUIS JIMENEZ DE ASUA, es la pro -

(13) Cfr. Derecho Penal Parte Gral. Pág.142, Madrid, 1940.

(14) Cfr. Lineamientos Elementales de Der.Penal.Pág.325,5a. Ed., 1969.

ducción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y conrepresentación del resultado que se requiere o ratifica.(15)

Es una palabra, el dolo es la voluntad - encaminada a la realización de un hecho que es delictuoso. El Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales, según se ha apuntado ya, en el artículo 8 establece que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia, equiparando el dolo a la intención.

LA CULPA.- Actúa culposamente, dice el penalista alemán EDMUNDO MEZGER, quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe, pudiendo prever la aparición del resultado.(16) El maestro FERNANDO CASTELLANOS TENA, expresa: " Existe culpa si la conducta se realiza sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, el cual surge, a pesar de ser previsible y evitable, por no haberse puesto en juego las cautelas o precauciones legalmente exigidas ".(17)

Como se hizo notar antes, el Código Penal llama a los delitos culposos NO INTENCIONALES o de IMPRUDENCIA y tomando la especie como género, enseguida establece que se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

De manera expresa el Código no capta la preterintención; ésta, como su nombre lo indica, consiste en desear un resultado delictivo, pero en realidad acontece otro de mayor entidad. Algunos especialistas consideran que en la fracción II del Artículo 9 del Código Penal se establece la preterintencionalidad, más aún cuando así fuera, carecería de

(15) Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 459, Caracas, 1945.

(16) Tratado de Derecho Penal. T. II. Pág. 171, Madrid, 1949.

relevancia, porque dicho dispositivo establece que se presume siempre la existencia de dolo y tal presunción no queda destruída aún cuando se pruebe que el agente no se propuso causar el daño que resultó, si este fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes o si se resolvió a violar la ley, -- fuese cual fuere el resultado.(17)

6.- **CONDICIONALIDAD OBJETIVA.**- Las condiciones objetivas de punibilidad suelen ser definidas como aquellas circunstancias que imposibilitan, mientras no se -- cumplan ciertas exigencias, la aplicación de la pena. Este solo enunciado permite apreciar que no se trata de elementos esenciales del delito, pues en la mayor parte de ellos no se requiere, sino únicamente en forma esporádica, fortuítu; lue go entonces bastaría un solo delito que fuera tal, sin esas condiciones, para dejar perfectamente esclarecido que no --- constituyen factores indispensables para la constitución del ilícito penal.

7.- **PUNIBILIDAD.**- No existe unidad de criterio respecto al concepto de punibilidad; algunos especialistas la confunden con la pena misma. En realidad se -- trata de cuestiones diversas. La punibilidad es la calidad de un acto merecedor de castigo; en cambio la pena consiste en la imposición de dicho castigo. Con razón dice el maestro FERNANDO CASTELLANOS TENA que la punibilidad es ser ---- acreedor de penas a virtud de un obrar o abstenerse determinados, de donde se engendra una amenaza, formulada por el Es tado mediante sus normas para quienes la infringen y esto no es sino el ejercicio estatal del " jus punendi ". El mismo penalista mexicano considera que se toma por punibilidad, im propiamente, la consecuencia de la mencionada conminación, o

(17) Lineamientos Elementales de Der. Penal. Pág. 334, 5a Ed. 1969

sea la acción específica de imponer a los delincuentes las penas correspondientes, y en este sentido se confunde con el hecho de aplicar las sanciones, con la punición misma, lo cual no es sino el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa.<sup>(18)</sup> De acuerdo con estas ideas, indudablemente la punibilidad y la pena no son partes estables esenciales del delito, pues una conducta es punible por ser delictuosa y una vez calificada de tal, se impone aplicarle la sanción correspondiente. Dice MANZINI que la sanción es elemento integrador de la norma jurídica, pero no del delito.<sup>(19)</sup> Por su parte FILIPPO CRISPIGNI, considera a la pena como la consecuencia que el derecho objetivo -- une a la violación de las leyes criminales; es el contenido -- del precepto jurídico secundario de las normas penales. Por supuesto, no desconocemos como muchos escritores consideran a la punibilidad como la característica esencial del delito, a tal extremo, que no lo conciben sin ella. (20)

Hemos hecho ya referencia a los elementos del delito y también se ha dejado esclarecido que únicamente -- constituyen la esencia misma del ilícito penal; la conducta -- [ o el hecho ], la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Indicamos como la imputabilidad constituye el presupuesto o soporte necesario de la culpabilidad, carente de autonomía, aún cuando en el orden práctico funge como un verdadero elemento del delito, porque su ausencia impide la configuración de él, ya que se trata de la capacidad del individuo para ser culpable. Dejamos debidamente asentado que las condiciones objetivas de punibilidad, por ser excepcionalmente requeridas en algunos tipos penales, no constituyen elementos esenciales del delito, sino en todo caso condiciones que suspenden la aplicación de la pena, o bien ingredientes del tipo mismo, ---

(18) Cfr. La Punibilidad y su ausencia, Rev. Criminologia. Pág. 411, No. 6 Junio, 1960.

(19) Cfr. Tratado de Der. Penal. T. II. Págs. 5y57. Ediar, 1948.

(20) Derecho Penal Italiano. V. I. Pág. 7, Depalma, 1949.

cuando éste no se integre sin aquellas.

Finalmente aludimos a la punibilidad y a la pena, para nosotros consecuencias del ilícito penal, más - no ingredientes esenciales del mismo. Ahora nos referimos a los aspectos negativos correspondientes, para dejar más o menos estudiado el cuadro que antes ha sido anotado del tratadista hispano LUIS JIMENEZ DE ASUA.

1. **CONDUCTA O HECHO.**- El elemento objetivo del delito puede verse aparentemente integrado, cuando en realidad no ha nacido, en función de determinados factores que permiten apreciar solo un simulacro en la formación de -- tal elemento. Se suele señalar como causa eliminatoria de la conducta, la VIS ABSOLUTA o fuerza física exterior irresistible, a la cual se refiere el artículo 15, fracción I del Código Penal. También se incluyen como eliminatorias de la conducta las circunstancias siguientes: SUEÑO, HIPNOTISMO, SONAMBULISMO, MOVIMIENTOS, REFLEJOS, etc... Por supuesto, a reserva de reafirmarlo, conviene desde ahora dejar perfectamente claro, que cualquier elemento impeditivo de algún factor esencial de delito, hará que el ilícito penal no se configure, -- con independencia de que tal elemento se destaque o no en forma expresa por la Ley en el capítulo de las excluyentes de -- responsabilidad.

2. **ATIPICIDAD.**- Existirá atipicidad -- cuando el comportamiento humano no se amolde al descrito por los tipos correspondientes. Las atipicidades operan por faltar las calidades que el tipo exija, tanto en el sujeto activo cuanto en el pasivo; por no darse las referencias temporales o espaciales; por ausencia de los elementos subjetivos -- del injusto o de la especial antijuridicidad; al no realizar-

se el hecho por los medios de comisión a que el tipo relativo se refiera o, finalmente, por ausencia del objeto jurídico o del objeto material del ilícito.

3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.- Ya hemos-- dicho que toda conducta típica es necesariamente antijurídica, a menos que se encuentre protegida por una causa de exclusión del injusto. A los factores capaces de impedir la configuración del delito por inoperancia de la antijuridicidad, se les denomina JUSTIFICANTES O CAUSAS DE JUSTIFICACION. Las causas de eliminación del injusto no pueden extraerse indirectamente, han de estar establecidas en forma expresa en la ley, porqueseando FORMAL la antijuridicidad, al ser creada en los tipos se requiere otra disposición de naturaleza también formal, -- para excluir, desde su inicio, la antijuridicidad legal. De acuerdo con nuestra ley, las causas de justificación son: LEGITIMA DEFENSA [ fracción III del artículo 15 ]; ESTADO DE NECESIDAD, si el bien salvado es superior al sacrificado [ fracción IV del Artículo 15 ]; el EJERCICIO DE UN DERECHO O EL -- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER [ fracción V del Artículo 15 ]; IMPEDIMENTO LEGITIMO [ fracción VIII del Artículo 15 ] y, un caso de OBEDIENCIA JERARQUICA, cuando se equipara al cumplimiento de un deber [ fracción VII del Artículo 15 ].

4. INIMPUTABILIDAD.- si hemos dicho que la imputabilidad, a la manera del Derecho Civil, es la regla en el campo jurídico penal evidentemente en todos los casos - existirá, a menos que opere la excepción regla. En consecuencia, habrá inimputabilidad cuando el sujeto carezca de las facultades de juicio y decisión. Las inimputabilidades están captadas por el artículo 15 del Código Penal, en su fracción II.

5. **INCUPLABILIDAD.**- De conformidad con los psicologistas las inculpabilidades se reducen al ERROR ESENCIAL - DE HECHO, insuperable, invencible y a la COACCION SOBRE LA VOLUNTAD. Para nosotros, además del ERROR, es causa de inculpabilidad la NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, eliminadora de la reprochabilidad del comportamiento. Dentro de la no exigibilidad de conducta pueden incluirse infinidad de casos, pues constituye una -- institución utilísimas para dar debida solución a múltiples cuestiones que sin tal instituto darían lugar a la comisión de injusticias, al condenar al sujeto por hechos que en realidad no merecen ser castigados por efectuarse en condiciones tales, que al Estado le es imposible requerir del sujeto una actuación diferente. El Código capta en la fracción IV del artículo 15 el estado de necesidad [ si el bien sacrificado es de igual entidad al salvado ], lo cual constituye para nosotros un caso de no exigibilidad de -- otra conducta, al igual que el encubrimiento entre parientes y -- allegados a que se refiere la fracción IX del mismo precepto, así como los casos a que se contraen los artículos 151, 154 y 333 del mismo cuerpo de leyes.

6. **FALTA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.**- Si el tipo respectivo exige para la imposición de la pena, el cumplimiento de algún requisito externo, no será posible la punición -- sin que en la realidad opere dicho requisito.

7. **EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**- Las excusas absolutorias impiden la aplicación de la pena para el autor de un delito. A nuestro modo de entender, constituyen verdaderas excusas absolutorias las que se consagran en los artículos 139, 375, 377, -- 385 y 390 del Código Penal.

III

EVOLUCION DEL CONCEPTO DEL DELITO

1.- EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.-

En el transcurso de la historia, la represión de los actos dañosos a las colectividades humanas, ha sido inquietud constante de los titulares del poder, aún cuando poco o nada les haya preocupado la justificación del castigo, por --fundarse el derecho de castigar en la posesión de la fuerza, la cual modernamente se considera el respaldo del orden jurídico; admitir lo contrario " sería justificar, como en la antigüedad, el derecho de la fuerza y no la fuerza del derecho ", como di- (1) ría el filósofo jurista RAFAEL PRECIADO HERNANDEZ; contrario a ese criterio, es el de FERNANDO LASALLE, para quien " los hechos reales de poder determinan las directrices y existencia del orden jurídico y por tanto, es la fuerza la que perfila el ser del Derecho ", (2) acorde con ese parecer no existiría el delito de libramiento de cheques sin fondos, sin contar con alguien que pueda depositar una suma de dinero en un Banco, y otro que aceptado el crédito de aquél, reciba como buena una orden de pago librada contra la institución bancaria. Como tampoco habría delito de despojo sin existir, como factores reales de poder, los titulares del derecho de propiedad inmueble; o el delito de "disolución social" si no hubiera un partido político vitalmente interesado como factor real de poder, en conservar el statu que de una situación social y política.

(1) Rafael Preciado Hernández: Cfr. " Lecciones de Filosofía del Derecho, - página 207, Editorial Jus, México, 1952.

(2) Fernando Lasalle: Cfr. "Qué es una Constitución", Conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana en abril de 1862, páginas 55 a 62; Ediciones "Siglo XX", Buenos Aires, junio de 1946.

Pero repetimos de nuevo, el tratadista francés examina el derecho de la fuerza y olvida la fuerza del Derecho, de donde dimana la justificación del orden jurídico y del " derecho del Estado para castigar, nacido de --- aquél y fundado filosóficamente en el bien común", concepto éste último cuyo examen reservamos a la filosofía jurídica.(3)

Para RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, el derecho de castigar y específicamente la pena, según Platón, halla su fundamento en el principio de expiación; los tratadistas romanos consideraron la ejemplaridad intimidante de las penas, como la justificación última del derecho de castigar; para la Iglesia, el delito es un pecado, la pena constituye la penitencia, y siendo el derecho de castigar una delegación divina, la pena se considera una penitencia y a virtud del arrepentimiento, el pecador se somete de nueva cuenta a la ley divina, satisfaciendo de esa manera la ofensa causada por el pecado, con la justa retribución. Por ello el rigorismo medioeval fué extremado en la aplicación de las penas, pues aunada a la justificación divina de la penalidad, se ha bló también de razones de Estado, llegándose en esa época a excesos de crueldad e injusticia escalofrantes; las penas quedaron clasificadas, divinas, naturales y legales o humanas. (4)

Para HUGO GROTIUS, eminente tratadista holandés de Derecho internacional Público o Jus Gentium, como se llamó en su época, la pena tiene una base contractual, por existir una relación de obligatoriedad entre el delincuente y la pena que le es aplicable, es decir, si alguien delinque, se obliga implícitamente a sufrir el castigo.(5)

(3) Rafael Preciado Hernández: Cfr. " Lecciones de Filosofía del Derecho " páginas 207 a 215, Editorial Jus, México, 1962.

(4) Raúl Carranca y Trujillo: Cfr. "Derecho Penal Mexicano", parte general, página 123, Editorial Robredo, México, D.F., 1941.

(5) Hugo Grotius: Cfr. "Del Derecho de la guerra y de la paz", página 57, - Edición sin fecha, París.

Por otra parte, nosotros podemos afirmar que desde el punto de vista jurídico, la etapa verdaderamente científica del estudio del delito y en general del Derecho Penal, nace durante la segunda mitad del siglo XVIII, con la obra de CESAR BONNESANA, marqués de Beccaria, cuyas aspiraciones por un sistema penal científico y propio, independiente de la justificación divina y fundado en la utilidad y el interés general, en consorcio con la ley moral, forman las primicias doctrinales que culminaron lustros más tarde con la brillante obra de FRANCISCO CARRARA, repetimos, el representante más señalado de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal.

Con CESAR BECCARIA, la justificación de la penalidad se torna más humana, sintetizándole en los siguientes postulados: la ley penal debe tener como apoyo a la ley moral, la utilidad común, el interés general y el bienestar de todos; "sólo las leyes dice ese pensador pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad--unidad por el contrato social... si todo miembro particular se haya ligado a la sociedad, ésta también está con cada uno de ellos por un contrato, que de su naturaleza obliga a las dos partes... es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho... aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares... el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido... no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas-

penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos - de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo ".(6)

Nuestro artículo 14 de la Constitución General de la República, consagra el pensamiento de Beccaria, al establecer la igualdad de todos los hombres ante la ley penal; todos son objeto de la misma protección, y nadie puede ser privado de los bienes jurídicamente valiosos, de acuerdo con dicho precepto, sino mediante el debido proceso legal y de acuerdo -- con las leyes previamente dictadas, ordenando también la aplicación de las penas y medidas de seguridad, conforme a la exacta observancia de la ley penal.

2. EL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA. - GIAN DOMINICO ROMAGNOSI, VON FEUERBACH, MANUEL KANT, PELEGRINO ROSSI, GIOVANI CARMIGNANI Y CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER, formaron con posterioridad al marqués de BECCARIA, el marco ideológico - dentro del cual FRANCISCO CARRARA, ilustre italiano, desenvolvió con más notable representante; fue sucesor de CARMIGNANI en la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Pisa y entre - sus obras más brillantes pueden mencionarse OPUSCOLI DI DIRITTO PENALE y PROGRAMA DEL CORSO DI DIRITTO CRIMINALE, publicadas en las postrimerías del Siglo XIX. Sus seguidores han vertido para este autor calurosos elogios y sus opositores más acerbos, - representantes de la Escuela Positiva del Derecho Penal, han reconocido su innegable mérito; citemos a EUSEBIO GOMEZ, argentino, positivista aún, quien ha declarado con toda lealtad: " El conjunto de doctrinas de FRANCISCO CARRARA, representan el término de la evolución de la Escuela Clásica. El sabio maestro - de Pisa, admirable sistematizador como fué, supo marcar orientada

(6) César Beccaria: " Tratado de los delitos y de las penas ", páginas 12,13 y 45. Nueva traducción de la imprenta de Albán, Madrid, 1822.

ción definida a la poderosa corriente científico penal, iniciada después de la aparición del libro de CESAR BECCARIA. Sus doctrinas constituyen un verdadero sistema: La propia Escuela Clásica, como fuera bautizada por Ferri, y que bien podría llevar su nombre. Las expone con claridad insuperable; las fundamenta con argumentación resistente. Observa en su elaboración, un método riguroso. Cuando para aceptar sus conclusiones o --- para disenso con ellas, se hace referencia a la Escuela Clásica, no son otras que las doctrinas de CARRARA las que se someten al examen es sobre ellas que la crítica versa y aunque ésta le sea desfavorable, el reconocimiento de su mérito no está ausente ja más. ENRIQUE FERRI reconoció en él que con el Programa, había-elevado un maravilloso edificio científico, no solamente en la parte exterior de las doctrinas generales sobre el delito y sobre la pena sino en las partes más íntimas y menos estudiadas - de los delitos en particular, que son los verdaderos términos - de aplicación diaria de las doctrinas generales ". (7)

La Dogmática Jurídica, concepción científica del Derecho Penal y método de estudio del delito, se vislumbra ya en FRANCISCO CARRARA cuando dice: " el delito consiste - en la infracción de la ley del Estado... resultante de un acto-externo del hombre<sup>(8)</sup>." es decir, sólo puede ser considerado como delito " el acto humano " que " infrinja la ley del Estado"- y fuera de ello, cualquiera conducta por perjudicial que fuereno puede calificarse delictiva si previamente la ley del Estado no la ha considerado abstractamente como tal; por ello deducimos que la posición de CARRARA fué genuinamente jurídica, por - que además su método de estudio, propio de las ciencias culturales, el deductivo o lógico-abstracto, es el adecuado en la in -

(7) Eusebio Gómez: Tratado del Derecho Penal, Tomo I, páginas 60 y 61, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

(8) Francesco Carrara: "Programa del Curso de Derecho Criminal", Tomo I, pág. 41, número 21, Editorial "De Palma, Buenos Aires, 1944.

investigación del Derecho y en general para el estudio de toda disciplina que tenga por objeto la conducta humana. En suma, su pensamiento fué certero, pues el Derecho no pertenece al mundo de la naturaleza y por tanto sus fenómenos no se encuentran vinculados por enlaces de necesidad causal, como sucede con aquellos que forman el tema medular de las ciencias avocadas al estudio del mundo de las cosas, en el cual las llamadas leyes son únicamente principios explicativos que subordinan su validez a la forzosidad o necesidad de los fenómenos descritos, y de no ocurrir éstos, dadas las condiciones establecidas, esas leyes dejan de serlo, substituyéndose por fundamentaciones diversas que expliquen con mayor exactitud la parte del mundo empírico falsamente descrito por los principios eliminados; es decir, mientras las leyes naturales postulan explicaciones verdaderas o falsas, según su no-coincidencia o su perfecta adecuación con la realidad, las normas del Derecho establecen juicios de valor independientemente de la coincidencia o no con el actuar social de las personas regidas por ellas, con la conducta abstractamente establecida; en otras palabras, las normas jurídicas pertenecen al mundo del deber ser, en tanto las leyes naturales simplemente señalan lo que tiene que ser necesariamente y no de otro modo. Esto no fue olvidado por FRANCISCO CARRARA, el más distinguido representante de la Escuela Clásica del Derecho Penal, ilustre profesor de la especialidad en la Universidad de Pisa.

La igualdad esencial de todos los hombres por tener identidad de derechos; el principio del libre albedrío; la noción del delito como entidad jurídica; el principio de imputabilidad moral, como consecuencia de la capacidad de elegir entre el bien y el mal, derivada del libre

albedrío y poseída por todos los hombres jurídicamente iguales; la idea de la penalidad previamente fijada en la ley y proporcional al delito; la idea de la pena como un mal impuesto al delincuente en retribución al delito cometido; su sentido individualista de protección y de garantía contra posibles abusos y arbitrariedades, y el método deductivo, lógico-abstracto o especulativo, son los caracteres sobresalientes de la Escuela Clásica, cuyo mérito fue llevar al sistema penal el espíritu individualista de los filósofos del iluminismo y los principios de la Revolución Francesa. De ahí su esfuerzo por mantener el principio de la legalidad en el señalamiento de los delitos y de las penas. Pero su criterio represivo, miró solamente al delito y a la pena y " olvidó la personalidad del delincuente, por lo cual no fue eficaz para atacar el aumento de la reincidencia ".(9)

3. EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA.- El positivismo, nacido como una filosofía y como un método del conocimiento, a raíz de las meditaciones del profesor francés AUGUSTO CONTE, influyó sensiblemente en todas las ramas del humano saber, y el Derecho Penal no fue la excepción de esa poderosa influencia.

Esa postura filosófica afirma que la aprehensión de la esencia de las cosas nos es dable sólo a través del conocimiento empírico, fundándolo en la experiencia constante y en la comprobación reiterada de los resultados obtenidos; no niega el conocimiento metafísico, pero sólo en tanto en cuanto pueda ser comprobado a través de la experimentación.

Así los notables pensadores CESAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GAROFALO, se distinguieron por sus elucubraciones penales dentro de la nueva corriente, en boga a finales del siglo XIX y principios del actual; fueron los llamados -

(9) Raúl Carrancá y Trujillo: Cfr. "Derecho Penal Mexicano ", páginas 127 y - 129; parte general, Editorial Robredo, México, 1941.

evangelistas del Derecho Penal, al decir de EUGENIO CUELLO CALÓN.(10)

Al cobrar auge el positivismo penal, fueron desbancados todos los principios especulativos cimentados por la Escuela Clásica, viniendo a ocupar el sitio primigenio, las orientaciones basadas en los métodos experimentales propios de las ciencias de la naturaleza, creyéndose erróneamente que se trabajaba en el campo jurídico.

El positivismo representa la antítesis de la Escuela Clásica, y pretende subvertir el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva y dando preponderante estimación a la personalidad del delincuente. Las reglas generales, dijo la Escuela Positiva, solamente pueden inducirse de la observación y de la experimentación, por ello el método inductivo es el propio para investigar en el campo de la naturaleza.

Fácilmente se comprende que debido al auge alcanzado por las ciencias naturales, el positivismo penal usará sus métodos, olvidando que el Derecho no es ciencia de la naturaleza y soslayando cómo el Derecho y las formas jurídicas fundamentales son creaciones ideales cuyo ser no existe integrado en la naturaleza, sino sólo en la mente humana; ya al principio de esta tesis examino en líneas más amplias, aunque modestas, este supuesto; ahí afirmé que si bien el Derecho, para integrar la idea de delito toma diversos elementos de las aportaciones de las ciencias causales explicativas, también es cierto que esos elementos adoptan perfiles esencialmente jurídicos al reelaborarse en las estructuras formales constitutivas de los presupuestos del Derecho. " Y sobre los conocimientos así adquiridos, y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico con método propio, sin que exista en ocasiones nada que observar ni que inducir ".(11)

(10) Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal (Conforme al Código Penal, texto refundido de 1944 ), Tomo I, Cap. XVIII, página 48, Editora Nacional, S.A.-México 1953.

(11) Ignacio Villalobos : Cfr. "La Crisis del Derecho Penal en México, Pág. 61.

CESAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GAROFOLO, establecieron las siguientes ideas como base de su doctrina:

CESAR LOMBROSO hizo que la Antropología Criminal cobrara extraordinaria importancia; postuló como punto medular de su doctrina, la explicación del origen de la criminalidad; según él, el delincuente o criminal nato, es un ser con atavismos tan serios que su estado psicológico constituye una regresión a seres humanos no evolucionados; significa en --verdad un paso atrás en el progreso humano. Y ese retorno a estadios ya superados por la humanidad, se debe a la epilepsia, que atacando los centros nerviosos provoca la detención del desarrollo orgánico y psíquico del afectado; es --éste el llamado delincuente nato similar a los llamados por el mismo Lombroso " locos morales ", caracterizados por una alteración del sentido moral, con perturbación de su inteligencia, en tanto los delincuentes natos o congénitos, constituyen el " tipo criminal ", viva imagen del hombre primitivo, semejanza indicadora de una tendencia o predisposición al delito.

Esta afirmación de la delincuencia forzosa, de --terminó durísimos ataques contra la doctrina Lombrosiana, e incluso defensores de ella, la combatieron acremente en este aspecto.

Ahora bien, aunque el factor biológico es el preponderante para Lombroso, no lo considera como única fuente de la criminalidad; admite también el influjo de los factores sociales, especialmente para los delincuentes de ocasión.

En la actualidad se conocen perfectamente los límites de la Antropología Criminal, abarcando ella únicamente el estudio de las conductas delictivas, ocasionadas por anomalías anatómicas, pero no puede referirse a las causas del delito en su totalidad, porque éstas no son de origen exclusivamente biológico; el hecho psíquico, parte de la etiología del delito, fué completamente soslayado por CESAR LOMBROSO y es sabido que las ciencias relativas a la delincuencia, no deben partir del supuesto previo de que en todos los delincuentes el delito tiene por causa factores endógenos o exógenos, o de ambas clases, pues esto equivale a negar al hombre la posesión de la libertad para elegir entre una conducta u otra, y admitir al delito como necesariamente determinado, haría parecer la punición como una monstruosidad de injusticia.

Sin embargo, la doctrina de LOMBROSO tiene el mérito de haber puesto de relieve la importancia del factor biológico en la criminalidad.

ENRIQUE FERRI exagera aún más estos pensamientos, llegando a afirmar que la etiología del delito se explica en función de factores físicos y sociales, negando la existencia del libre albedrío; afirma que el delincuente no es un ser normal; representa a las razas primitivas ya desaparecidas o a los salvajes de los tiempos presentes; para él no puede existir imputabilidad moral, tomando en cuenta la ausencia del libre albedrío. En cambio, dice la base de la responsabilidad se encuentra en la " responsabilidad social ", es decir; el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad; todo individuo que actúa contrariando la ley es legalmente responsable y debe ser objeto de reacción social; la sanción es determinada por la peligrosidad del delin

cuenta, y ésta se halla determinada por los caracteres antisociales, más o menos acentuados del acto ejecutado.

Los delincuentes, dice FERRI, pueden ser: natos, -- por hábito adquirido, de ocasión y por pasión, por ello la --- reacción social ha de ser de diversa intensidad ya sea elimina toria o simplemente represiva. (12)

RAFAEL GAROFALO intentó dar una sistematización jurídica a las doctrinas criminológicas del positivismo, por --- ello se le ha llamado el jurista de la Escuela Positiva. Con el ánimo de colmar la laguna que veía en ellas, que hablando - continuamente del delincuente, habían olvidado manifestar qué- entendían por delito, formuló su teoría del delito natural, -- doctrina vivamente combatida; "delito, dice GAROFALO, es la - violación de los sentimientos altruístas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del - individuo a la sociedad". (13)

El delincuente, para GAROFALO se caracteriza por la anomalía moral, y con frecuencia, de acuerdo con la tesis lombrosiana, por sus anomalías somáticas; la reacción social contra el delincuente tiene por fin la defensa de la colectividad realizada mediante la eliminación de los inadaptables al medio social, constriñéndoles a la reparación de los daños del delito. Fué GAROFALO el más acérrimo defensor de la pena capital. (14)

La definición de delito natural, dada por GAROFALO, llamada también definición sociológica, tiene el mérito de haber establecido lo que los hombres pueden entender por delito- en los distintos lugares de la tierra, pero indudablemente, no se trata de una definición jurídica de ese instituto.

(12) Enrique Ferri: "Sociología Criminale", página 137 y 202, Fratelli Boca, Terza Edizione, Torino 1892, Italia.

(13) Rafael Garófalo: "Psicoanálisis "Criminología" págs. 65 a 114, Fratelli Boca Editori: Torino, Italia, 1891.

(14) Erich Fromm: "Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea" pags. 26 a 30. Fondo de Cultura Económica".

A continuación reproducimos, tomados de diversos tratadistas, los principios fundamentales de la Escuela Positiva del Derecho Penal:

I. El delito es un fenómeno natural y social, producido por causas de orden biológico, físico y social.

II. El delincuente es biológica y psíquicamente un anormal.

III. La libertad humana y el libre albedrío son una ilusión; la voluntad está determinada por factores de orden físico, psíquico y social.

IV. Como consecuencia de esta concepción determinista la responsabilidad penal deja de fundamentarse sobre la imputabilidad moral, construyéndose sobre la base de la responsabilidad social.

V. La función penal tiene como fin la defensa social.

4. **CRITICA A LA ESCUELA POSITIVA; PROBLEMÁTICA DE LA LIBERTAD.**- Contrario al criterio positivista, opinamos que la libertad humana y el libre albedrío, no son ilusión; tampoco creemos en una voluntad humana determinada por factores de orden psíquico, físico y social, aunque aceptamos como un hecho su poderosa influencia sobre aquella; estimar la conducta humana, determinada por esos agentes, significa igualar al hombre con los demás animales, en su situación frente al mundo y eso no es verdad, porque " el primer elemento que diferencia la existencia humana de la animal, -

es de carácter negativo; carece relativamente de una regulación instintiva en el proceso de adaptación al mundo exterior. El modo de adaptación del animal a su mundo, permanece siempre inalterable; si su equipo instintivo no es en un momento dado, apto para ajustarse con éxito a los cambios -- del ambiente, la especie se extingue. El animal puede adaptarse a condiciones cambiantes, cambiando él mismo, pero no modificando las condiciones ambientales. De este modo vive armónicamente, no en el sentido de ausencia de lucha, sino en el sentido de que su equipo heredado le hace ser parte fija e invariable de su mundo; su alternativa es adaptarse o morir. Puede considerarse la aparición del hombre en aquella fase del proceso de la evolución en que la adaptación -- instintiva ha alcanzado su mínimo. Pero el hombre surge dotado de nuevas cualidades que lo diferencian del animal: la advertencia de sí mismo como una entidad separada, su capacidad para recordar el pasado, vislumbrar el futuro, y denotar objetos y acciones por medio de símbolos; su razón para concebir y comprender al mundo y su imaginación a través de la cual llega más allá del alcance de sus sentidos ". (15)

" El hombre es el más desamparado de todos los animales, pero esta misma debilidad biológica constituye la base para el desarrollo de su fuerza, la causa primera -- del desarrollo de sus cualidades específicamente humanas, y por ende, el origen de su libre albedrío que lleva implícita la facultad de elegir entre el bien y el mal. Y aunque es verdad que la libertad espiritual del hombre se erige sobre las leyes de la naturaleza, en una capa del ser propia y superior, pese a esa dependencia con las capas inferiores del ser, es sin embargo autónoma respecto a ellas ".<sup>(16)</sup> si se admitiese la doctrina del positivismo penal, el derecho de castigar no tendría razón ni justificación, convirtiéndose el -

(15) Victor Emil Frankl: Cfr. "Psicoanálisis y Existencialismo". Fondo -- de Cultura Económica, México.

(16) Fernando Castellanos Tena: Cfr. "Lineamientos elementales de Derecho Penal", págs. 61 y siguientes. Editorial Jurídica Mexicana, 1944

Derecho Penal en un orden mecánico de aplicación fatal, perdiendo su carácter normativo, por ser similar a una ley de la naturaleza sin conexión con el mundo del Derecho.

Por todo ello, la Escuela Positiva no tuvo razón en su negativa absoluta a la existencia de la libertad humana, aunque deban reconocerse sus innegables méritos, referidos especialmente a los estudios de CESAR LOMBROSO, donde se pone de relieve la importancia del factor personal en el desarrollo de la criminalidad, viniendo a significar que el delincuente es siempre un hombre, y el hecho indiscutible de gran número de anormales humanos cuya conducta se manifiesta en la comisión de actos delictivos.

5.- **TERZA SQUOLA.**- Esta Escuela, variedad de la corriente italiana llamada " ESCUELA CRITICA " o del " POSITIVISMO CRITICO " se encuentra ubicada ideológicamente entre la Escuela Positiva y la Escuela Clásica; sus exponentes principios fueron ALIMENA y CARNEVALE; realmente surgió en oposición a la doctrina expuesta por la Escuela Positiva, aún cuando aceptando algunos de sus principios, pero negando como esa corriente, la existencia del libre albedrío, por lo cual, con respecto a ésta, es válida la crítica esbozada al comentar aquélla. Niega esta Escuela, la concepción del delito como un fenómeno individual y social y la orientación hacia el estudio científico del delincuente y de la criminalidad; rechazando asimismo la naturaleza morbosa del delito, el criterio de la responsabilidad legal, y la absorción del Derecho Penal dentro de la Sociología Criminal. De la Escuela Clásica acepta el principio de la responsabilidad moral y la distinción entre imputables e inimputables, pero separándose de ella, no considera al delito como acto de un ser dotado de libertad; la imputabilidad, según la tesis de Ali-

mena, surge de la voluntad y de los motivos que la determinan y tiene su base en la " dirigibilidad " del sujeto, es decir, en su aptitud para sentir la coacción psicológica, de aquí -- que sólo sean considerados imputables los capaces de sentir - la amenaza de la pena.

Esta Escuela, pugnando con los criterios - positivistas, defiende la distinción entre penas y medidas - de seguridad, señalando como finalidad de la pena, la defensa social.

Los principios básicos de esta Escuela, según se desprenden de las enseñanzas de Alimena, son:

- a) Imputabilidad basada en la " dirigibilidad " de los actos del hombre.
- b) La naturaleza de la pena radica en la - coacción psicológica.
- c) La pena tiene como finalidad la defensa social.

#### 6.- EL PENSAMIENTO DE FRANZ VON LISZT.-

El delito según este autor, no proviene del libre albedrío; -- se origina mediante el influjo de causas de diversa índole, - según él: unas de carácter individual y otras de carácter externo, físico, social y especialmente económico. Para él, la pena es necesaria para la seguridad en la vida social, porque su finalidad es la conservación del orden jurídico. " Esta - teoría, señala el profesor CASTELLANOS TENA, se conoce también bajo el nombre de ESCUELA SOCIOLOGICA, caracterizada, según -

expresiones de LUIS JIMENEZ DE ASUA, por su dualismo, debido por un lado a la utilización de métodos jurídicos, y experimentales por otro; por su concepción del delito como fenómeno jurídico y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado, peligroso, y en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad ".

Desde nuestro punto de vista, es la realidad a la cual estamos sometidos en nuestra condición humana, en base a la cual, se puede considerar la Immutabilidad en forma completa y en concordancia con el libre albedrfo.

IV

EVOLUCION Y CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

1. BREVE NOCION DE LA IMPUTABILIDAD; EL PROBLEMA DEL LIBRE ALBEDRIO. -

La imputabilidad criminal, ha dicho la Escuela Clásica, no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse como " conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre "<sup>(1)</sup>En términos más diafanos, el profesor POPE PETIT expresa: " imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente "<sup>(2)</sup>o bien según la concisa expresión del maestro CASTELLANOS TENA:

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal ". (3)

La imputabilidad se configura entonces, por dos aspectos: salud y desarrollo mentales, ambos de carácter psicológico: generalmente el desarrollo mental se encuentra vinculado estrechamente con la edad física del individuo.

Ahora bien, ocurre preguntar al llegar a este punto, si el hombre imputable, capaz en Derecho Penal, es realmente

(1) Francesco Carrara: "Programa del Curso de Derecho Criminal", Tomo I, Pág. 34, número 8, Editorial de Palma, Buenos Aires Argentina, 1944.

(2) Max Ernesto Mayer: Cfr. citado por Fernando Castellanos Tena: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", página 220, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

(3) Fernando Castellanos Tena: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal, págs. de 220 a 221, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.

te libre o su voluntad se encuentra determinada por agentes externos o internos que escapan a su control consciente. Una -- respuesta negativa haría monstruosa injusticia cualquier sistema punitivo por benigno que fuera.

El hecho de vivir en sociedad trae como necesaria consecuencia una responsabilidad para el delincuente, - ha dicho FERRI; para él, el autor de un delito es socialmente-responsable, siendo esta responsabilidad social la base y el - fundamento de la pena, la cual no se desprende del libre albedrío, concepto inexistente. Por su parte FRANCISCO CARPARA, - hace descansar la fundamentación de la pena en la imputabili-dad moral del delincuente y en el libre albedrío; los primeros renglones de este capítulo han sido transcritos de este autor- pero la inquietante cuestión sigue en pie: ¿ existe en reali-dad la libertad humana ?; ¿ será válido afirmar que el hombre-delincuente sólo puede ser declarado culpable, si ha sido de - mostrada su imputabilidad al cometer el acto delictuoso ?; o - bien, ¿ podremos demostrar la capacidad del hombre para querer y entender cuando exterioriza una conducta delictiva ?; la em- presa es harto difícil; no podemos verter ningún pensamiento - que no hayan expresado antes pensadores ilustres; séanos permitido invocarlos para resolver este escarpado problema.

Ya al hablar de las Escuelas del Derecho - Penal, hicimos hincapié en sus diversos puntos de vista, acer- ca del libre albedrío, y sus opiniones respecto al pensamiento determinista de la voluntad humana. Nos hemos permitido criticar la postura adoptada sobre este asunto por la Escuela Posi-tiva, argumentando convenientemente en favor de nuestro pare-cer; no está de más repetir que somos partidarios del libre al-bedrío, y consecuentemente, del concepto dogmático de la impu-tabilidad como presupuesto de la culpabilidad; claro, nuestros

conceptos e ideas no pretenden ser absolutos, por no ser lo absoluto patrimonio del hombre.

" El problema del libre albedrío no se planteó de modo manifiesto antes de Sócrates; Platón afirmó que el hombre que tiene una alma buena obra bien, y obra mal el que la tiene mala; Aristóteles, en cambio, sostuvo que el hombre es libre hasta antes de cometer el delito; antes, su libertad se halla en el hecho de no adquirir hábitos delincuentes o en adquirirlos. Santo Tomás de Aquino, habla de una predestinación al bien; la vis electiva del hombre no significa elección de fines, sino de medios; San Agustín dice que libertad absoluta sólo la tuvo el hombre antes del pecado original.

A raíz de la reforma, nace un determinismo teológico; la fórmula de predestinación de Calvino y Lutero, se expresa del siguiente modo: si Dios presciente quiere, su saber es eterno e inmóvil, de donde, todo lo que ocurre, ocurre necesariamente.

Sólo Dios es libre, ha dicho Spinoza, postulando de esa manera un determinismo metafísico y ético, idéntico al aceptado por THOMAS HOBBES y JOHN LOCKE. Para JUAN JACOBO -- ROUSSEAU, libertad es obediencia a la ley que se prescribe uno a sí mismo ".(4)

Quando el determinismo surge como escuela filosófica aplicada al Derecho Penal, se levanta arduo debate; en Austria y Prusia, cuando la filosofía determinista dominó casi en absoluto; los cultivadores del Derecho Penal se dividieron en dos grupos, ambos de sin igual tenacidad, los deterministas y los indeterministas. " Hoy, con las doctrinas espiritualistas y

(4) Luis Jiménez de Asúa: "La Ley y el Delito "página 326, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.

neidealistas, retorna el libre albedrío, y para muchos al menos la ilusión de ser libres que es necesario mantener ".(5)

" Sostienen los deterministas, que el hombre no puede ser una excepción a la trama universal de la causalidad. Afirman que el comportamiento es el efecto de complicadísimo racimo de factores que actúan e intervienen en cada momento en el sujeto humano. Consideran que ese enjambre de factores, múltiples y heterogéneos, producen un especial tipo de causalidad psíquica, constituida por el juego de las motivaciones. Y subrayan que su tesis no es solamente una construcción científica, sino que es a la vez el supuesto de un gran número de relaciones sociales, las cuales se basan precisamente en esa idea de la regular determinación de la conducta ".(6) Considera esta doctrina al ser humano como un ente exclusivamente biológico, movido por las poderosas influencias de lo endógeno y de lo exógeno: el medio ambiente donde se desenvuelve y el equipo hereditario adquirido antes de nacer. La influencia de estos dos factores se materializa en el comportamiento del hombre.

Si admitiéramos esa doctrina, según dijimos antes, el Derecho Penal sería una ley causal de aplicación mecánica; no sería un ordenamiento jurídico valorativo y su impositividad sería inexorable, y eso no lo aceptamos.

Por su parte, don LUIS RECASENS SICHES, resuelve el problema del libre albedrío de un modo muy interesante, diciendo: " el albedrío no es cosa ni facultad; el hombre ni tiene ni deja de tener albedrío, por que éste

(5) Luis Jiménez de Asúa: "La Ley y el Delito" página 328, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.

(6) Luis Recasens Siches: "Vida Humana, Sociedad y Derecho", página 74, 3a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1952.

no es una potencia psicológica ni biológica, **significa sólo la expresión del tipo de inserción del hombre en el mundo - donde vive**; cuando digo que el hombre es albedrío, expreso simplemente su situación esencial respecto de la circunstancia que lo enmarca y del proceso de su vida, situación que consiste en hallarse siempre ante una pluralidad limitada y concreta de posibilidades, esto es, de caminos a seguir y - por lo tanto, en la necesidad de decidirse por sí mismo, -- por su propia cuenta. Bajo su responsabilidad, a elegir -- una de esas vías... toda su vida consiste en tener que elegir en cada instante entre los varios caminos que le depara la circunstancia. Esos caminos son concretos y en número limitado; pero son siempre varios. Desde luego, el repertorio de posibilidades que se ofrecen a cada sujeto es diverso, diverso en cuanto al número y a la calidad de esas vías. Pero a cada sujeto se le presentan a cada momento varias posibilidades, y entre ellas no se haya predeterminado a seguir una y abandonar las demás, sino que la elección tiene que pronunciarla él por su propia cuenta. Vivir es hallarse siempre en un cruce de caminos teniendo que elegir entre ellos ".(7)

Dentro de esa teoría, el ser humano y el ambiente conviven en la realidad social. A través de la Historia se comprueba la desigualdad de los hombres en el uso de la libertad; sus aciertos, sus errores y la solución a sus problemas, han sido siempre distintos; sus reacciones han sido diferentes ante un mismo dilema. El hacer humano no es mecánico ni siempre el mismo; tampoco consiste en exclusiva, en la actividad de sus procesos fisiológicos, ni tampoco en la de sus mecanismos psíquicos { de imaginación,

(7) Luis Recasens Siches: "Vida Humana, Sociedad y Derecho", página 74, 3a. Edición, Editorial Porrúa, ( Fundamentos de la Filosofía del Derecho ) 3a. Edición, Editorial Porrúa, México 1952.

percepción, pensamiento, emoción, voluntad, etc. ]; " tanto estos mecanismos psíquicos, como los resortes puramente corporales, son meros instrumentos con los cuales el hombre -- efectúa sus haceres. La esencia del hacer, de todos los humanos haceres, no está en los instrumentos anímicos y fisiológicos que intervienen en la actividad, sino en la decisión del sujeto, en su determinación, en su puro querer previo al mecanismo volitivo; ese puro querer, esa determinación radical y primera, pone en funcionamiento los mecanismos, las actividades de que el hombre dispone [ su imaginación, su voluntad, sus brazos, etc. ]. Tanto es así [ o sea, que no se confunde el hacer humano con sus medios o -- instrumentos ], que decimos: ponerme a razonar, ponerme a -- imaginar, ponerme a andar... que son mecanismos, actividades, instrumentos. La vida radica en la decisión mía. Cada uno de nosotros consiste en un ser, que ha de decidir lo que va a ser en el venidero instante, impulsado por un motivo y hacia una finalidad ".<sup>(8)</sup> Por esas razones, todo acto voluntario es una manifestación interior, verificada con vistas a un fin; es la forma dinámica de la vida psíquica del sujeto, el cual alcanza su realización plena, en esa esfera de la actividad libre que el propio derecho le asegura, -- constituida por los derechos subjetivos. La vida psíquica se realiza a través de la voluntad: en hacer o dejar de hacer; y cuando la voluntad tiene una manifestación exterior en el mundo empírico, interviene el Derecho. Sin la voluntad, motor del individuo, no se concebiría el progreso social en ningún aspecto; el Derecho protege la voluntad encaminada a realizar fines lícitos, pero no asegura ni reconoce todas las consecuencias queridas por el autor de la manifestación de voluntad, la cual sólo es autorizada por la ley cuando no contraría las disposiciones de orden público, el-

(8) Luis Recanens Siches: Cfr. "Vida Humana, Sociedad y Derecho". (Fundamentos de la Filonofía) 3era. Edición, Editorial Porrúa, Pág. 59, México 1952.

el interés social, la moral o las buenas costumbres. Y cuando la persona manifiesta su voluntad en contra de lo mandado o -- prohibido por una ley de orden público, comete un delito; por tanto, se hace acreedora a una sanción; sin embargo, para que se la considere penalmente responsable por la comisión de un delito, éste debe haber sido expresión de su voluntad libre. En general, cuando falta la voluntad libre en la conducta contraria a Derecho, por vis compulsiva, estado anormal psíquico, etc., la persona no es penalmente responsable. Pero, específicamente, cuando la persona, al cometer un hecho delictuoso padece un estado de anormalidad psíquica, nuestra ley la estima -- inimputable, si esa anormalidad fué la causa determinante de la conducta, por no ser la voluntad libremente expresada al caer de la salud y desarrollo mentales imprescindibles para -- " obrar según el justo conocimiento del deber existente ".(9)

## 2.- LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO ANTI

GUO. La mentalidad del hombre primitivo no puede ser explicada ni por asomo, semejante a la del hombre contemporáneo; su lógica, rudimentaria en grado extremo, hacía intervenir en -- cualquier razonamiento, por simple que fuese, fuerzas anímicas misteriosas y conjuros mágicos, de los cuales el individuo era simple ejecutor. La interpretación de los fenómenos, tan característica de una época evolucionada, basada en la construcción de conceptos, no puede explicar con claridad los hechos sociales primitivos. La verdad, entendida como " la percepción clara y distinta<sup>(10)</sup>" de la realidad objetiva, no existe para los primeros seres humanos. La idea de la causalidad, de influencia tan definitiva en todas nuestras actividades, se muestra rudimentaria por completo, y todos los fenómenos son explicados por principios mágicos. La función de la causalidad, la desempeñan asociaciones elementales de ideas, y la se-

(9) Max Ernesto Mayer: Cfr. citado por Fernando Castellanos Tena: "Lineamientos elementales de Derecho Penal " Pág. 220, Editorial Jurídica Mexicana 1959.

(10) Rene Descartes: Cfr. "El discurso del método páginas 7 a 20, traducción-prólogo y notas de Manuel García Morento, Editorial Espasa Calpe-Argentina

mejanza y contigüidad de los fenómenos tienen un papel preponderante.

Por otra parte, la clara separación de los individuos entre sí, como entidades autónomas y autoconscientes, no parece asumir esa importancia típica de nuestro tiempo; el individuo **recibe** sus características del grupo, clan o tribu a la cual pertenece, y el hecho por él ejecutado, no tiene el sello de una obra personal, propia, sino colectiva. La reacción determinada por el daño, no cae sobre el individuo, sino sobre todos aquellos que corresponden al mismo grupo. El Derecho se conjuga fuertemente con la religión, y se invoca la intervención de las divinidades, propicias o adversas en la realización de cualquier evento de importancia. Dado un acto dañoso, cometido en un miembro del clan o de la tribu, se estima resultante de oscuras fuerzas mágicas. No existe un hombre **culpable** con base en la intencionalidad del acto. No importa si el resultado del mismo fué producto de una imprudencia o de una deliberada intención; producido un evento nocivo, la **culpabilidad** y la punición no representan problema alguno. El **culpable** se **elabora**, podríamos decir, por procedimientos mágicos, considerados infalibles. La **imputabilidad** no existe siquiera objetivamente; su advenimiento tendrá que esperar siglos; es simplemente mágica y anímica; es un solo atribuir la comisión del acto a quien tuvo la desdicha de ser señalado causante del daño por los conjuros del vidente o del brujo, por el vuelo de un ave, por la coloración de las entrañas de un animal sacrificado, o por la disposición de piedrecillas de colores arrojadas al azar.

Como consecuencia de estas características tan especiales, debemos tratar con reserva toda hipótesis que lleve al intento de explicar los fenómenos primitivos de imputabilidad, culpabilidad y penalidad, por procedimientos consciente o inconscientemente psicológicos, atribuyendo al hombre salvaje,

y aún al bárbaro, los mismos sentimientos y mentalidad nuestros.

El Derecho Penal tiene su origen, no en la idea de venganza, como afirman algunos autores, sino en la primitiva idea de lo prohibido en grado supremo, **lo marcado intensamente**, o bien, lo sagrado; esta idea se encuentra en la prehistoria constantemente vinculada a un sistema sumamente complejo y extendido, en el cual lo prohibido se confunde en un solo principio mágico, fundamentalmente religioso, al cual modernamente se le ha dado el nombre de sistema de prohibiciones tabú, palabra de origen polinesio cuyo significado, repetimos, es lo **sagrado, lo prohibido en grado extremo**, etc. La acción mágica asume una forma positiva, **el hechizo**, consistente en hacer una cosa para que se produzca un evento deseado, y una forma negativa, el tabú: si haces tal cosa sucederá tal desgracia. " El elenco primitivo de prohibiciones se integra por una larga serie de acciones cuya sanción no tiene una explicación simple y natural, sino --- que está fuertemente impregnada de sentido sobrenatural y religioso.

Las primitivas formas de transgresión no vulneran los bienes biológicamente elementales, sino que presuponen una complicadísima construcción espiritualizada y aberrante de la realidad, fuertemente dotada de un sentido animista. Las primitivas formas de reacción no son elementales y explicables por razones biológicas, sino artificiosas y estrictamente sociales. (11)

El contenido de las prohibiciones existentes entre los pueblos primitivos, no implica la protección de bienes jurídicamente tutelados, en el sentido moderno de esa expresión, sino se refiere a relaciones hipotéticas tomadas errada

(11) J.G. Frazer: Cfr. "Enciclopedia Británica": Taboo, Tomo XXIII pág. 20.

mente como ciertas; si ocurre tal hecho desgraciado, es que fué violado el tabú, y a la inversa, si se viola el tabú ocurrirá - tal evento perjudicial; la desgracia solo es evitable mediante el cumplimiento de la ordalia o de la pena, como procedimientos purificadores; la violación del tabú y la desgracia se encuentran íntimamente unidos.

" De lo dicho se deduce que la relación - unitoria, o mejor dicho, expiatoria, es de naturaleza estrictamente objetiva; dada la conexión inevitable y reversible entre la infracción y la desgracia, el procedimiento expiatorio debe cumplirse contra el poder imputable no importa si es una cosa, - un animal o una persona, con absoluta necesidad.

Es del todo indiferente que el principio haya sido violado consciente o inconscientemente. La ignorancia con que el hecho se haya realizado es debida al genio maligno que se sirve de determinada persona para acarrear el mal que debe evitarse. La infracción engendra sus consecuencias, independientemente de las intenciones del agente y de una manera, - podríamos decir, automática. No hay imputabilidad, como la entendemos ahora; el hombre primitivo no concibe una relación entre el sujeto y su conducta dañina; la responsabilidad no es individual y ni siquiera exclusivamente humana; la idea de la imputabilidad es substituída por un estado de impureza, atribuíble tanto a un hombre, como a un animal, como a una cosa ". (12)

Es necesario como nota aclaratoria final, señalar que la concepción del Derecho Penal primitivo, contrariamente a la hipótesis de la venganza privada, es más derecho-público, que privado; la venganza de una ofensa inferida de una supuesta culpabilidad de un individuo de cierto *tótem*, puede -- ser vindicada haciendo abstracción del auténtico culpable, en -

(12) Enrique Ferri: Cfr. "Sociología Criminal" Vol. II, página 64 y siguientes.

cualquier miembro del grupo a que pertenece. No importa, repetimos la verdadera voluntad ejecutora del acto; es más, no importa si el hecho proviene de una voluntad consciente o no; éstos son supuestos absolutamente extraños a las formas primitivas del Derecho Penal.

" Todo cambio que traiga una individualización de la venganza, ya sea por la cantidad de los castigados [ venganza individual ] o por la calidad del castigo [ venganza tacional ], lo mismo que el sistema de composición, importan una evolución y son más propios de pueblos avanzados -- que de pueblos salvajes ". (13)

En nuestro país, entre los grupos sociales diseminados en todo el territorio nacional, aún no incorporados a la cultura contemporánea, existen actualmente formas primitivas de punición, caracterizados fundamentalmente por la ausencia de imputabilidad y culpabilidad personal. Con gran frecuencia, se observa cómo una familia, cuando uno de sus miembros ha sido objeto de una acción dañina por parte de un miembro de otra, se arroga la facultad de castigar a quien consideran culpable, sin reparar en la existencia del poder constituido y autoridades emanadas de él, haciendo extensivo ese falso concepto de culpabilidad a todos los parientes del ofensor, sin reparar en edad o sexo, sintiendo únicamente que cumplen un compromiso con el sujeto pasivo de la acción destructiva; infiriendo una idéntica y aún mayor a cualquier persona pariente de quien realmente causó el daño.

" En el Derecho protohistórico y aún en el histórico, encontramos esta forma de retribución del delito principalmente bajo el aspecto de venganza colectiva. La fuerte adhesión del individuo a su grupo social, familia, stirpe, tribu o clan, hacen que las venganzas contra la ofensa asuman

(13) 43 y 44 Pessina: Cfr. "Derecho Penal Germánico" Tomo I, págs. 439 a 447.

caracteres de acciones colectivas y que la reacción por ellas determinada, no esté circunscrita a la persona del ofensor, sino que alcance a todos aquellos que pertenezcan a la misma tribu de él. De ahí que la venganza de los delitos asuma la forma de una indemnización impuesta por la fuerza; pero en hechos como el homicidio, la venganza de la sangre, institución característica de los pueblos bárbaros, conserva un sentido de necesidad mágica para aplacar el alma del asesinado; la venganza es una obligación religiosa y sagrada. De donde, la consecuencia característica del crimen era la creación de un estado de enemistad al que se denominaba "faida" entre los germanos. La faida conserva hasta épocas relativamente recientes su vigor, y la hallamos aún en legislaciones medioevales, principalmente en las leyes sajonas y frisias".(14)

Al hablar de la venganza de la sangre, de la faida y de la compensación económica en los delitos patrimoniales, los autores transcritos lo hacen tomando en cuenta que se trataba en su época de verdaderas instituciones de Derecho, por lo cual es menester señalar lo siguiente, al hablar de sus correlativas en la República Mexicana:

En nuestro país, las indicadas situaciones existen como una realidad social, abstracción hecha de su antijuricidad. Por ejemplo, en los estados de Guerrero y Guajalajara surge frecuentemente una situación similar a la faida germánica, con cuyo motivo se exterminan numerosas familias.

"El sistema talional supone la existencia de un poder moderador, y en consecuencia, envuelve ya un desarrollo social considerable. Por él la venganza se limita en una cantidad exactamente igual al daño sufrido por el ofendido: ojo por ojo y diente por diente, según la enuncia--

(14) W. Goetz: Historia Universal "España Calpe, Tomo I, página 642.

ción de la Ley Mosaica. En el Código de Hammurabi [ 1955-1912 antes de J.C. ] se encuentran también numerosas formas de retribución talional. Este Código es una amplia regulación de la vida civil, y en consecuencia se refiere a infracciones en las cuales no hay retribución talional. Este Código es una amplia regulación de la vida civil, y en consecuencia se refiere a infracciones en las cuales no hay retribución talional. Esta, sin embargo, es clara en el homicidio y en las lesiones.

La limitación intensiva, de la venganza es la primera forma de restricción; sólo con posterioridad hallaremos lo que podríamos llamar limitación extensiva, en sentido de que la responsabilidad se circunscriba al considerado culpable. Así por ejemplo, en el citado Código de Hammurabi, no siempre la responsabilidad es soportada por el autor exclusivamente, sino que podría extenderse a miembros de su familia hasta representar una compensación perfecta. Así, si una casa se caía y aplastaba al dueño, el constructor podía ser muerto; pero si aplastaba al dueño y al hijo, debían morir el constructor y su hijo. Esta forma de circunscribir la responsabilidad sólo al considerado culpable, es propio de los derechos evolucionados de Grecia, Roma y de algunas leyes bárbaras como la visigótica, en las que existió una institución primitiva, muy parecida a lo que hoy llamaríamos destierro; era la llamada expulsión de la paz; consistía en la separación del sujeto del conjunto social al cual pertenecía. Difícilmente podemos comprender, aún sea moderadamente, las gravísimas consecuencias acarreadas por este castigo, pues todos los derechos correspondían al individuo no como persona aislada, sino como miembro de una gens, tribu o pueblo determinado. Cuando el poder colectivo retiraba su protección a un individuo expulsándolo, su situación equivalía a la esclavitud o a la muerte segura. Y -

correspondiendo a las primitivas formas colectivas de venganza, parece admisible la hipótesis de que la expulsión de la paz --- constituyó un progreso hacia la individualización de la pena. - Según este modo de interpretar la institución, la tribu, al retirar su protección al autor del delito, lo dejaba librado a la venganza del ofendido y de los suyos, pero al mismo tiempo quedaba libre de ella, librándose asimismo de que la persecución - recayera sobre otros miembros de la colectividad. La expulsión de la paz representaría así un paso torpe y rudimentario, lo -- mismo que el talión, hacia la limitación de la venganza en su - sentido extensivo "(15)

Ahora bien entre los pueblos que llegaron a tener un sistema monetario, observamos la existencia de un tipo de sanciones muy interesante, llamado por los tratadistas sistema compositivo, consistente en compensar en lo económico, - las ofensas delictivas mediante un sistema de pagos. Es de hacerse notar que este sistema implica ya un procedimiento de carácter mixto, público y privado, y no una transacción entre la víctima y el victimario exclusivamente; consiste en destinar una parte del pago a recobrar la protección del poder público, por eso se llamaba dinero de la paz y la parte con la cual la ofensa era compensada, se llamaba precio del hombre, cuando la composición versaba sobre un homicidio. Naturalmente la opción por el procedimiento compositivo estaba deferida a los perjudicados. (16)

Todas estas formas de reacción penal deben ser consideradas solamente como esquemas generales; pero - no como formas históricas necesarias en todos los pueblos. -- Aún los mismos procedimientos o los mismos hechos pueden tener distinto valor según el medio social en que se manifiestan; --

(15) PESSINA: "Derecho Penal Germánico" Cfr. Págs. 450 y siguientes.

(16) PESSINA: "Derecho Penal Germánico" Cfr. Págs. 465 y siguientes.

pero un estudio detallado de estos distintos aspectos, excede en mucho el plan que nos hemos propuesto. Unicamente haremos referencia breve a los principales sistemas jurídicos, enlazándolos convenientemente a la evolución del concepto de imputabilidad, presupuesto necesario de la idea de culpabilidad como elemento del delito.

Hasta el momento, en la breve relación-histórica, no hemos podido encontrar ni la más remota idea -- del concepto de imputabilidad; es más, reiteradamente hemos dicho que el rasgo negativo que distingue las instituciones penales primitivas y las contemporáneas, es la ausencia de -- ese concepto.

Ahora bien, si la venganza colectiva, - la ley del talión, la expulsión de la paz y el sistema compositivo, implicaron un avance notable hacia la humanización de la penalidad, el advenimiento de la concepción subjetiva de la acción delictuosa, significó un progreso asombroso de las instituciones penales; la idea de delitos intencionales y no intencionales, o más bien, la distinción entre hechos intencionales y no intencionales, se encuentra en las más antiguas legislaciones y codificaciones conocidas, como el código de Hammurabi, el cual sin embargo, se caracteriza por la gran cantidad de disposiciones de naturaleza talional que contiene. En él se admite también el juicio de Dios, y su carácter público, firmemente establecido, se manifiesta en la protección del rey sobre sus súbditos, extendiéndose minuciosamente a todos los bienes sin soslayar un sentimiento protector hacia la víctima de la injusticia.

Contrariamente a lo observado en ----- la legislación de Hammurabi, el derecho del pueblo de Israel, en su aspecto más primitivo, tiene un marcado carácter religioso. Los cinco libros del Pentateuco, atribuido a Moisés, se-

ñalan en el antiguo testamento, un profundo sentido expiatorio de la penalidad, la cual es impuesta por mandato de la divinidad. Es esa codificación jurídico religiosa, encontramos también todo un sistema de prohibiciones de carácter tabú. Por otra parte, las formas de represión talional son muy frecuentes, y aún encontramos formas de venganza privada para el homicidio doloso; pero el mismo procedimiento no era entablado contra el homicida imprudente, al cual se juzgaba y confinaba, y sólo quebrantando ese confinamiento, podía ser muerto por los parientes de la víctima. En esta legislación también aparece la idea de dolo y de imprudencia en la comisión delictiva como señales de indudable progreso.

Entre todo el derecho oriental, el más completo y ordenado fué el consagrado por las leyes de Manú, recopiladas en el Código de su nombre. En él, dice FAUSTO COSTA, ya se distinguen formas diversas del elemento subjetivo, aún cuando contiene sanciones variables según la casta a la cual perteneciera el transgresor; sin embargo, sigue diciendo el mismo autor en este derecho lo mismo que en el restante derecho oriental, no es posible buscar formas de verdadera individualización de la responsabilidad y de la pena. El hombre, como individuo está muy lejos de ser libre y las cuatro castas forman un todo natural y casi petrificado. El cumplimiento de ese paso, para los pueblos de occidente, debía ser obra del pueblo griego. (17)

" Las antiguas leyendas y tragedias del pueblo griego nos presentan el crimen y la venganza, con la violencia y la necesidad de las fuerzas naturales; son más bien la obra directa de los dioses que de los hombres; hay en él una estrecha relación entre los actos humanos y las fuerzas divinas y fatales que gobiernan a los hombres. Pero a la pro-

(17) M. Goetz: "Historia Universal" Cfr. Espasa Calpe Tomo I, página 643 siguientes.

fundidad de pensamiento y genio creador de este pueblo se deben dos importantes pasos en el progreso de las instituciones jurídicas: la reducción del poder político a un poder humano liberado de las bases teocráticas típicamente orientales y la gradual elevación del individuo a la autoconciencia de su valor personal. Ambas evoluciones se realizaron con el transcurso de varios siglos.

Es de trascendente interés sobre todo, el paso de la responsabilidad colectiva del "gens" a la responsabilidad individual. En general, desde antiguo, para los --crímenes comunes, el Derecho griego no castigaba sino al autor. Pero son numerosas las ofensas de carácter público o religioso, en las cuales se mantuvieron sanciones colectivas durante bastante tiempo. Los traidores y los tiranos sucumbían con toda su familia, hecho éste que no puede ser explicado só--lamente como resultado de una acción tumultuaria, sino como --una verdadera institución de Derecho.

Goetz, reconoce la existencia histórica de penas de muerte colectivas, de destierro colectivo, de pri--vación colectiva de derechos, de " atimia " colectiva, san--ción ésta que era una especie de expulsión de la paz, institu--ción que ya examinamos arriba, con todas sus graves consecuen--cias características. Pero en fecha posterior no comprobada--desaparecen esas instituciones, quedando sentadas las bases --de la responsabilidad individual, paso previo, históricamente, al advenimiento de la idea de imputabilidad ". (18)

Por encima de la importancia histórica, muy relativa, del Derecho penal griego, el aporte fundamental de ese pueblo consiste en haber construido por primera vez, --en la historia de la humanidad, una completa base teórica de--

(18) Platón: Cfr. "La República", "Las Leyes" y Gorgias" Ediciones de la --Universidad Nacional Autónoma de México, 1922; Aristóteles: Cfr. "Eti--ca a Nicómaco" "y" La Política" Ediciones de la Universidad Nacional--Autónoma de México, 1922.

la política y del Derecho, pedestal de todo el pensamiento político jurídico de accidente. El pensamiento de Sócrates, de Platón y de Aristóteles acerca de estos problemas, es con mucho, -- históricamente más importante que la realidad del Derecho griego. En ellos sí se encuentra en definitiva tratado el problema de la voluntariedad o involuntariedad de los actos humanos; son verdaderamente los precursores de una teoría de la imputabilidad aunque su pensamiento haya sido fundamentalmente filosófico.(19)

" El Derecho Penal romano tiene en sus origenes, similares características a las que hemos analizado como privativas de los pueblos primitivos; hay en él un profundo sentido religioso y expiatorio, y las prohibiciones tabú son numerosas. En las colectividades anteriores a la fundación de Roma, - la pena tiene el sentido religioso peculiar de los albores del Derecho Penal; el pater, cabeza de la gens, con su autoridad incontestable, tiene el derecho de castigar aún con la muerte a los que están sujetos a su potestad; se conoce la venganza como acción pública, la confiscación de bienes y la expulsión de la paz, institución ya revisada.

Formas primitivas de penalidad, como la -- ley del Talión, llegan a tener consagración definitiva en las -- XII tablas, y aún ciertas formas de responsabilidad colectiva; - el período de los reyes se caracteriza por conservar en gran medida el tipo primitivo de las instituciones penales, durante el cual son paralelas la jurisdicción familiar al lado de la que -- compete al rey ".(20)

"Desde el principio, el Derecho Penal romano se endereza a las instituciones de tipo público, aún cuando - conserva la distinción entre crimina pública y delicta privata, -

(19) Mommsen: " Derecho Penal Romano " Tomo I, página II.

(20) "Derecho Penal Romano" Tomo II página 92 y siguientes.

que mas bien corresponde a una diferenciación jurisdiccional y no propiamente sustancial, siendo importante señalar que el número de los primeros fue progresivamente en aumento, pues en los comienzos solamente tenían aquel carácter la perduellio, que equivale a lo que llamamos traición, y el parricidium, en el sentido primitivo de la palabra, que era el homicidio doloso. Es importante hacer notar que al existir la idea de dolo, concluimos que el Derecho penal romano reparaba ya en la intencionalidad del homicidio, estableciendo castigos de gravedad diversa para cada uno de ellos ".(21)

La venganza subsiste, limitada a los casos de sorpresa en adulterio de la mujer y contra el ladrón nocturno, pero el carácter público del Derecho Penal se acentúa, pues a la primera categoría de la perduellio y al parricidium, se van agregando también el incendio doloso, el falso testimonio, la corrupción del juez, el hurto fragante, las reuniones nocturnas y la adivinación, como hechos a los cuales se aplicó gradualmente la " publica persecutio ". Los romanos observan en el Derecho Penal una verdadera tutela del orden de la Sociedad; PAULO la llama " pública disciplina ".

Aunque durante la república y el imperio puede hablarse de una incesante evolución del Derecho Penal romano, ya sea por el aumento del carácter público de delitos diversos, o por el advenimiento de recursos de carácter procesal, como la provocatio al populum, ante el cual [ pueblo ] el magistrado debía mostrar los elementos en que se basaba su juicio; no hay un adelanto notable, además del citado, en cuanto a la atención prestada al elemento subjetivo del delito.

Podemos sin embargo, para mayor relieve de los rasgos esenciales de este Derecho, de influencia tan definitiva en nuestra época, mencionar la síntesis de ellos hecha --

(21) Sebastián Soler: "Derecho Penal Argentino ", páginas 60 y 61, Buenos Aires, 1953.

por el profesor argentino SEBASTIAN SOLER.

a) La afirmación del carácter público y social del Derecho Penal, no obstante la diferencia siempre mantenida entre delitos públicos y privados, pues la ilicitud-privada no se equiparaba a una sanción civil y no daba lugar a un mero resarcimiento, sino a una verdadera pena.

b) La teoría de la tentativa no alcanzó un desarrollo completo.

c) La ilicitud penal no alcanzó tampoco a la aplicación del principio de reserva y a la prohibición de la analogía.

d) El elemento subjetivo se encuentra claramente diferenciado por la clase de pena que correspondía al dolo y a la culpa, pues mientras al hecho doloso seguía la poenitio, el culposo se aplicaba la castigatio, que tenía una finalidad sobre todo intimidante, y con tal objeto era aplicable incluso a los menores y a las personas colectivas.

e) Como consecuencia de lo anterior, asombra el amplio desarrollo alcanzado por la doctrina de la imputabilidad, de la culpabilidad y de las causas que la excluyen, especialmente el error ".(22)

**3. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO DEL MEDIOEVO.-** Una visión panorámica del concepto que la Edad Media tuvo de la imputabilidad, implica necesariamente la referencia histórica al Derecho Penal Canónico; entre el derecho romano y derecho moderno, en todos sus aspectos, se extiende durante un largo período, el Derecho Penal de la Iglesia Cató-

(22) Sebastián Soler: "Derecho Penal Argentino", páginas 63,69 y sigs.. - Buenos Aires, 1953.

lica. A través de él, observamos la supervivencia del Derecho romano y la adaptación, a las nuevas instituciones, muchas de ellas consagradas por el derecho de los llamados pueblos bárbaros, especialmente los germanos a los cuales absorbió y --- transformó, imprimiendo una pronunciada variante a las formas de la reacción. Así, el Derecho Canónico reafirmó y mantuvo la naturaleza pública del Derecho Penal romano. Nace el Derecho Canónico envuelto en la vorágine del cristianismo primitivo, y acompaña a éste en todas sus vicisitudes; comienza en el seno del Imperio Romano, para adquirir plenitud y hegemonía total bajo los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Innocencio III [ 1073-1216 ].

Esa evolución tiene importancia, para poner de relieve, sobre todo, el paso del Derecho Canónico a una importancia laica cada vez mayor, pues el Derecho que comienza teniendo naturaleza disciplinaria específica, va adquiriendo extensión dentro de la vida civil, hasta afirmarse como regulador de una gran cantidad de relaciones sólo indirectamente conectadas con la Iglesia. Esa evolución se cumplió con virtud de razones históricas y políticas, a medida que la situación de la Iglesia fue variando, desde la comunidad evangélica y espiritual primitiva, para transformarse en una religión reconocida por el Imperio Romano, en la época de Constantino, llegar luego, con Teodosio a la situación de religión oficial y exclusiva, y finalmente lograr el poder político universal del Sacro Imperio Romano.

Esta preponderancia ascendente de la Iglesia en relación al Estado, determinó que toda acción que de algún modo afectara a la religión oficial y única, adquiriera el carácter de acción delictiva, consideración puramente formal que no escapa a nuestra crítica, pues situaciones similares se han dado y siguen presentándose en todos los pun

tos del orbe. Así la estimación delictiva no se desprende del análisis profundo del acto, sino únicamente deriva de las consideraciones sociales imperantes en un momento dado en cierta sociedad. Y de ese modo, todo análisis del contenido del acto queda descartado, atribuyendo su delictuosidad a los efectos atentatorios a la situación imperante: " es consecuencia natural, que a la sobrevaloración de un bien o de una situación social suceda su protección por medio de amenazas penales. El Derecho Penal sigue en esto, las vicisitudes del Derecho Público y fue entonces, como siempre, una consecuencia de determinada concepción del mundo. Y como efecto de aquellos sucesos políticos, los atentados contra la religión católica asumen la forma de crímenes públicos. Con el delito de " herejía " el Derecho Penal Canónico adquiere una importancia muy superior a la de un mero Derecho disciplinario. (23)

El profesor argentino Sebastián Soler hace un interesante resumen acerca del modo como la jurisdicción eclesiástica fue aumentando a medida que aumentaba la hegemonía del Derecho Penal Canónico. Así, dice para comprender a qué punto llegó esa evolución, es necesario distinguir las razones por las cuales la Iglesia fue aumentando su ámbito de competencia.

Esta jurisdicción surgía por dos motivos:

a) Por razones de fuero personal.

Con algunas dificultades se fue afirmando el principio según el cual, el clérigo era juzgado por el tribunal eclesiástico, cualquiera fuese el delito cometido. Al principio, ese fuero fue reconocido, bajo Constantino, sóloamen-

(23) Francesco Carrara: Cfr. "Programa del Curso de Derecho Criminal", parte General Vol. I, Cap. I No. 4, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944.

te para los obispos; los demás eclesiásticos estaban sometidos al tribunal laico por sus crímenes comunes; pero ya Clotario, - en 614 reconoció lo que hoy llamamos juicio de desafuero: los sacerdotes y diáconos eran juzgados por el tribunal secular, - pero no podían ser condenados por éste si no eran dispuestos - por el tribunal eclesiástico. Finalmente la potestad jurisdiccional basada en el fuero, llegó a ser excluyente [ judex secularis nullo modo potest occasione alicujus delicti procedere - contra clericum aut religiosum ].

b) Por razón de la materia.

Los delitos de competencia de los tribunales eclesiásticos fueron en aumento, dando la materia motivo a esa jurisdicción; es decir; se tomó en consideración la naturaleza del delito, aún cuando éste fuera cometido por un laico. Se formaron así dos categorías de hechos: aquellos en que se ofendía directamente a la religión, en los cuales la religión llegó a ser indiscutida [ delicta mere eclesiástica ], - y por otro lado, los delitos mixtos [ delicta mixta ], los cuales dieron lugar a los conflictos de competencia, sosteniendo la Iglesia, con variada fortuna, su jurisdicción [ adulterio, incesto, concubinato, sodomía, sacrilegio, blasfemia, perjurio y usura ].

La represión canónica, dice el autor - citado, se ejerció en nombre de la divinidad, lo cual tuvo muchas y muy graves consecuencias desde el punto de vista civil, especialmente por la circunstancia de que este Derecho, lo mismo que el romano, desconocía el principio nullum crimen sine lege. Así, el poder de los juzgadores adquirió una extensión - extraordinaria y una intensidad poco común.

Aún cuando doctrinalmente, no puede afirmarse que se confundiesen las nociones de delito y pecado, pues se distingue el fuero penal del " forum internum " , ya que el hombre no puede juzgar de los motivos internos, que están ocultos, sino sólo de los externos, que se manifiestan... y como la ley humana es insuficiente para juzgar los actos internos fue necesario que para ello concurriera la ley divina. Sin embargo, no es dudoso que el hecho de considerar crimen la herejía y otros delitos que afectan a la religión pero no a la vida civil, tuvo como consecuencia que el Derecho Penal Canónico, desde el punto de vista civil, fuese la expresión más acabada de esa confusión entre lo inmoral y lo ilícito, tan característico del Derecho anterior al siglo XVIII. Fue sobre todo en este aspecto que los tribunales de la Iglesia ejercieron su potestad más criticada... Y una institución ampliamente conocida en el Derecho Canónico, tuvo influencia francamente favorable: la llamada " tregua de Dios ", recogiendo tal vez una antigua tradición que hacía del templo de Diana derecho, que su violación constituía sacrilegio, imponiendo así un límite real y eficaz a la venganza, reproducción fiel de la Faída germánica, al sacar al perseguido del poder exclusivo del vengador, el cual se constreñía por ese procedimiento a aceptar composición. La venganza, contraria al espíritu cristiano primitivo tuvo en el Derecho Canónico, una limitación real y definitiva. (24)

El referido autor, al hablar de las características del Derecho examinado, hace una afirmación un tanto extraña, al decir: " existiendo límites a la aplicación de la pena, especialmente a la de muerte, que la Iglesia en ningún caso aplicaba, los reos eran entregados al poder secular, lo cual importaba la segura imposición del máximo castigo, pues este poder no podía usar de la facultad, de gracia, sin incurrir en las penas

(24) Francesco Carrara: " Programa del Curso de Derecho Criminal " Vol. I, Cap. I., No. 8, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1944.

conminadas por el Derecho Canónico " al respecto podríamos citar<sup>(25)</sup> la inmensa bibliografía que nos ha llegado acerca de la " Santa " Inquisición, institución fundamentalmente eclesiástica, cuya sola mención se asocia a la idea de tortura y muerte lenta. Sinceramente creemos que tenga razón.

El Derecho Canónico, ejercido como hemos dicho, en nombre de la divinidad, afirmó dentro de ciertos límites, el principio de igualdad, con base en la igualdad de todos ante Dios, de donde arranca incipiente, lo que más tarde sería una garantía de legalidad en la evolución del Derecho. Pero en general el verdadero mérito del Derecho Canónico, como régimen jurídico imperante en la Edad Media, consiste en haber afirmado y aún desarrollado, dentro de la nueva teoría religiosa jurídica, los principios romanos sobre imputabilidad y culpabilidad, contraponiéndose al grosero objetivismo del Derecho Penal de los bárbaros. Desgraciadamente, sin embargo, no puede afirmarse que la construcción haya sido totalmente objetivista; en ese Derecho se encuentra la extensión de la pena a terceros inocentes, como la infamia en que se hallaban los hijos incestuosos, las interdicciones por los delitos de herejía y apostasía recaídos sobre los hijos y sus descendientes; la responsabilidad de las corporaciones, etc.. Instituciones todas ellas, que nada expresan en favor de la idea de imputabilidad, siquiera parecida al concepto actual de ella; antes bien, surge la idea de un Derecho Canónico más atrasado que el Derecho de los pueblos bárbaros, tan acremente criticado por los canonistas, pues el examinar este aspecto se hace ostensible el desprecio; el desprecio hacia lo más elemental subjetividad al señalar al culpable, fundándose, como el Derecho primitivo, en una idea equivocada y aberrante de la realidad, señalando como ciertas, relaciones simplemente hipotéticas, sólo imaginadas por los visionarios de la época.<sup>(26)</sup>

(26) Saleilles: "La individualización de la pena ", Cap. VI, páginas 139 a - 141 París, 1898.

4.- LA IMPUTABILIDAD EN LA ESCUELA CLÁSICA Y EN LA ESCUELA POSITIVA.- a) La imputabilidad en la Escuela Clásica. En el capítulo titulado " El Delito en las Escuelas Penales ", hemos expuesto con cierta amplitud el pensamiento de Carrara y sus seguidores en la corriente ideológico penal que fundó; asimismo, hemos vertido brevemente el concepto de libre albedrío, de sus fundamentos filosóficos y de su posición, como presupuesto imprescindible de la imputabilidad; nos remitiremos al citado capítulo para ampliar, dentro de lo esquemático de esta tesis profesional, los conceptos expuestos en éste, relacionados con la Escuela Clásica y sus expositores; la Escuela Positiva, tratada también superficialmente, será examinada ahora con mayor atención, a la luz del pensamiento de ENRIQUE FERRI, cuyo estudio reservamos hasta ahora por estar considerado el defensor más tozudo de la idea de la imputabilidad legal y su consecuencia: la negación del libre albedrío; en cuanto al pensamiento de CESAR LOMBROSO y RAFAEL GAROFALO, quedaron convenientemente expuestas en el referido capítulo y a él nos remitimos para su mejor examen; pero hemos de añadir, en la parte final de éste, algunas consideraciones en favor de la postura que profesamos al respecto: la idea de la imputabilidad basada en el libre albedrío.

El autor de un delito, la Escuela Clásica, sólo puede responder de las consecuencias del mismo, -- cuando lo ha cometido en condiciones que autoricen a considerarlo moralmente imputable. Enseña CARRARA cómo la imputabilidad y la imputación morales, no tiene otra condición sino la de que el hombre, causa material de un hecho, haya sido también su causa moral. (27)

Dice el mismo autor: " el juicio medianamente el cual el magistrado imputa civilmente a un ciudadano una acción declarada ya antes en la ley como políticamente imputable, -- es el resultado de tres juicios distintos. El magistrado encuentra en aquel individuo la causa material del acto y le dice: tú-

(27) Maxwell: " Le Crime et la Societé ", págs. 80 y 81, París, 1909.

lo hiciste en contra de la ley [ imputación legal ]. Es sólo como resultado de estas tres proposiciones que el magistrado puede decir al ciudadano: yo te imputo este hecho como delito", (28) El presupuesto esencial de la imputabilidad moral es el libre albedrío. CARRARA afirma la doctrina del libre albedrío y de la responsabilidad moral del hombre.

La doctrina del libre albedrío como base de la imputabilidad moral, establece la siguiente idea: desde que el hombre autor de delitos sigue con voluntad inteligente y libre una conducta contraria a la ley, deben ponerse a su cargo las consecuencias estatuidas por ésta. " Imputar un hecho a un hecho a un individuo es atribuírsele para hacerlo sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que tal hecho es culpable. La culpabilidad y las responsabilidades son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. - Pero estos tres conceptos pueden precisarse y distinguirse. - La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararse culpable de él ". (29)

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y la responsabilidad moral, presupuesto de la doctrina de CARRARA. Desde este pun

(28) Boletín de Criminología y Ciencias afines: exposición de motivos del Nuevo Código Penal Italiano Tomo II, págs. 112 Escrito por Rafael Garró.

(29) Eusebio Gómez; Cfr. "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, No. 144, pág. 278, Buenos Aires, Argentina. 1939.

to de vista, que es en parte el nuestro, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuído a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.

El problema de la libertad, que surge como consecuencia de lo expuesto, ha sido convenientemente resuelto, a nuestro modo de ver, al hacer el examen del delito en las escuelas penales, específicamente, al criticar la postura de la Escuela Positiva.

Sin embargo, no está de más decir que entre la radical polémica habida entre los cultivadores del Derecho Penal, divididos con tenacidad inigualable en deterministas e indeterministas, han surgido autores que piensan conviene mantener en el concepto de la responsabilidad la idea de libre albedrío, en atención a la común conciencia sobre la génesis del delito; SALLAINES, por ejemplo, se refiere a " la creencia en la libertad, arraigada en el pueblo, a cuyos ojos la individualidad aparece como el objeto y el sujeto de todo lo que está en ella, y piensa que no hay otra manera de procurar la seguridad, que vigorizar la fe en la idea de la responsabilidad que el pueblo tiene y en la que funda su idea de sanción ".<sup>(30)</sup> MAX WELLS se refiere a los conceptos dominantes en la actualidad y dice que " ellos se rebelan contra toda teoría que acepte la hipótesis de una irresponsabilidad universal. A su juicio, es necesario reconocer a la idea de culpabilidad, un valor objetivo debido a la generalidad de su aceptación. Para ser culpable, dice, será necesario no solamente cometer una acción penda por la ley, sino también haber querido, conscientemente cometerla. Esta manera de ver, sigue diciendo el autor citado,-

(30) Cfr. Enrique Ferri: "Sociología Criminal " página 365 a 398, Fratelli Bocca, Terza Edizione, Torino Italia, 1892.

que es la de nuestra sociedad, podrá estar mal fundada, podrá presentar graves inconvenientes, pero parece difícil modificarla en la hora actual "(31) El mismo Rafael Garófalo, llamado el jurista de la Escuela Positiva, llegó a sostener, en la época postrer de su vida, que " si filosóficamente puede demostrarse que el arbitrium indifferentiae es ilusión, no puede hacerse desaparecer del espíritu humano la idea de la libre - determinación, ni sería conveniente que desapareciera ".(32)

b] La imputabilidad en la Escuela Positiva. - Esta corriente combate el principio de la responsabilidad moral, expuesto por la Escuela Clásica, oponiéndole el principio de la responsabilidad legal o social, sostenida por ENRIQUE FERRI desde el principio de su carrera. " Su tesis doctoral, publicada en 1878, en un volumen de 479 páginas, cuando tenía 21 años, lleva por título " La negazione del libero arbitrio e la teorica de la " Imputabilita ". En la Sociología Criminale, que es la obra fundamental de este autor aparecen expuestos los conceptos de la referida tesis, a los que FERRI guardó inalterable fidelidad ". (33)

La fisio-psicología positiva, dice FERRI, desmente en forma demoledora el postulado de la Escuela Clásica, que es además discutible en teoría y peligroso en la práctica.

La libertad, sigue diciendo, de querer una cosa más intensamente que otra, es una ilusión derivada del des conocimiento de los precedentes inmediatos [ fisiológicos y psíquicos ] de toda muestra deliberación volitiva. Tal como de los fenómenos externos, por ejemplos los meteorológicos, de los que ignoramos los precedentes inmediatos, decimos que son libres o arbitrarios. Tanto es verdad, que cuando a la conciencia del hecho, externo o interno, va unida también la conciencia de los precedentes inmediatos y de las causas im-

(31) Eusebio Gómez: "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Página 274, Buenos Aires, 1939. (32) Francisco Carrara: Programa del Curso de Derecho Criminal Cap. I, No. 1 Llamada No. 2, Buenos Aires, 1944. (33) Celestino - Porto Petiti: " Apuntes de la parte general de Derecho Penal ", Tomo I - Pág. 16, México 1959.

pelentes, desaparece la ilusión de creerlos libres, causales o arbitrarios. (34)

A la demostración negativa, por la cual se descubre la génesis de esta ilusión natural, la fisio-psicología científica [ aquella que a la observación interna o subjetiva une la observación externa ] agrega una demostración positiva, indicando el proceso natural de desarrollo de todo acto humano voluntario. Considerando, en efecto, la actividad voluntaria del hombre como la última forma, y la más compleja, de la actividad animal, en general resulta evidente que desde el extremo inferior de una simple reacción de irritabilidad en la forma animal más elemental, hasta el extremo superior de una acción humana deliberada, se pasa por una serie continua de matices y de grados, que no dan lugar a la intervención, en el mundo humano, de una potencia de libertad moral, que representaría una excepción milagrosa a todo el orden de la actividad natural -- universal. La suposición de una libertad volitiva está en pugna con dos leyes universales: la de la transformación de las fuerzas y de la causalidad natural.

Por otra parte, continúa exponiendo, FERRI, la fisiología y la psicología concurren a demostrar que la voluntad humana individual está sometida a las influencias naturales del orden, no solo moral o psicológico sino puramente físico y que no es, por tanto, la dominadora más o menos absoluta. La estadística, por su lado, exhibe la sumisión de las voluntades individuales, tomadas colectivamente, a las influencias externas del ambiente físico y social.(35)

El análisis del proceso psicológico de toda acción humana pone de manifiesto que no existe una voluntad de por sí estante y, por consiguiente, no se puede concebir una libertad de arbitrio. La razón es clara; esa libertad sería -

(34) Francisco Carrara: Programa del Curso de Derecho Criminal Cap. I. No. 1 llamada No. 2, Buenos Aires, 1944.

(35) Celestino Porte Petit: "Apuntes de la parte General de Derecho Penal", Tomo I, pág. 16, México, 1959.

una voluntad inseparable de la voluntad humana, y si el sujeto es decir, la voluntad desaparece no hay voluntad, sino singulares y sucesivas voliciones debe desaparecer también la calidad que le era atribuida.<sup>(36)</sup> Y aún admitiendo que la negación -- del libre arbitrio fuera discutible y no perentoriamente decidida, la ciencia y la legislación criminal no podrían fundar todo el edificio de la responsabilidad humana sobre una facultad que es frecuentemente contestada aún por pensadores ortodoxos y que aparece desmentida por las observaciones de hecho. Un criminalista, legislador o juez, puede creer, personalmente en la existencia de libre albedrío; pero no se puede pretender que el derecho tenga dignidad y fuerza de verdadera ciencia si se le atribuye un fundamento tan discutido. El Derecho Criminal debe ser sustraído a las disquisiciones filosóficas y es forzoso asentarlo sobre elementos de hecho incontestables. Ahora bien, la única razón natural y el criterio fundamental de la represión de los delitos, se encuentran en la necesidad imprescindible de la propia conservación. Esta función preservativa del delito, en el individuo y en la sociedad, es y debe ser, independientemente de toda actuación y medida de culpa moral en el delincuente, es decir, en el individuo que por las propias condiciones orgánicas y psíquicas, permanentes o transitorias, hereditarias o adquiridas, se hace autor, bajo la influencia del ambiente físico y social de un ataque a las condiciones de existencia del individuo o de la sociedad. FERRI -- formula las dos proposiciones que constituyen todo el programa de la Escuela Positiva: el ministerio punitivo tiene el carácter de mera función defensiva o preservativa de la sociedad; esta función es independiente de toda afirmación de libertad moral y por tanto, de culpabilidad en el individuo delincuente<sup>(37)</sup>

El derecho al ejercicio de la función expresada es indiscutible e indiscutido ya, porque en verdad, no es sino-

(36) Francisco Carrara: Programa del Curso de Derecho Criminal Cap. I, No. 1. Llamada No. 2, Buenos Aires 1944.

(37) Celastino Porte Petit: "Apuntes de la parte general de Derecho Penal", Tomo I, Página 16, México 1959.

el derecho a la propia conservación. Ese derecho existe prescindiendo de toda consideración de responsabilidad moral del individuo. La única base del ministerio punitivo tiene que ser la responsabilidad social, y el concepto de ésta puede resumirse así: en el campo jurídico-criminal, como en el campo jurídico-civil, como en el campo de las relaciones extralegales, todo hombre determina siempre, con cada una de sus acciones, una correspondiente reacción social, sufriendo siempre las consecuencias naturales y sociales de los propios actos. Es responsable de los mismos por el solo hecho de haberlos cometido. A la afirmación del clasicismo penal de que el hombre es responsable de sus delitos, en cuanto es normalmente libre, se opone este principio de la responsabilidad legal, en cuya virtud el hombre es imputable y por tanto responsable, porque vive en sociedad. Imputable y responsable, dice FERRI, entendiéndolo con ROMAGNOSI por imputabilidad, la facultad de atribuir a alguno un dado efecto como a causa productora del mismo y por responsabilidad, la facultad de considerar obligado a alguno a resarcir un daño dado a sufrir una pena dada, con motivo de aquel dado efecto. En otros términos, " imputabilidad material por ser TICIO el autor del acto de que se trata; e imputabilidad social y jurídica por estar obligado a soportar las consecuencias sociales y jurídicas de su acto ". Al explicar este concepto, dice FERRI que no puede negarse al hombre como materialmente imputable de sus propias acciones, por el solo hecho de vivir en sociedad, ya que la imputación de un hecho al hombre que lo ha realizado sólo puede partir de otro hombre, sea como individuo o como representante de la sociedad. Dice además, que tampoco puede negarse, por el solo hecho de vivir en sociedad, la imputabilidad jurídica del hombre por sus acciones, habida cuenta de que solo en la sociedad es concebible y posible el Derecho. Es la convivencia del hombre con otros hombres, la única fuente de sus derechos y de sus deberes por razón de ser el derecho como el deber en sentido ju-

rídico estricto, una relación de hombre a hombre ".

El principio de la responsabilidad legal tuvo formulación legislativa en el Proyecto Italiano de Código Penal, elaborado en 1921 por la comisión presidida por ENRIQUE FERRI. Su artículo 18 dice: Los autores y coparticipantes - de un delito son siempre legalmente responsables de él, salvo los casos de justificación del hecho. El Artículo 19 establece que el hecho esta justificado a los efectos penales, cuando es ejecutado: por ineludible coacción de otro, o en estado de sugestión patológica, o en plena buena fé determinada por engaño invencible; por ignorancia de que el hecho - está prohibido por la ley penal, derivada de fuerza mayor, o por error substancial de derecho o de hecho que no provenga de negligencia, ; por disposición legal o por obediencia a órdenes de la autoridad competente; por la necesidad de defenderse a sí mismo o a otros, de un peligro personal grave e inminente, no evitable de otro modo, que no haya sido provocado por acción propia y que no se tuviera que afrontar por obligación profesional. El proyecto de Código Penal cubano del año de 1926 y del Código ruso de 1927, consagran el principio de la responsabilidad legal ". También consagró este principio nuestro Código Penal de 1929 que entró en vigor el 15 de diciembre de ese año.

Póngase especial atención en el hecho de que esos Códigos hablaron de causas de justificación, es decir, de motivos que se oponen ante la antijuridicidad del acto cometido, o bien, elementos que excluyen la responsabilidad legal, como diría FERRI.

El Código Penal anterior para el Distrito y Territorios Federales, que entró en vigor el día 17 de septiembre de 1931, en las fracciones II y IV estableció:

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

II.- Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes, o por un estado tox infeccioso agudo de carácter patológico y transitorio.

IV.- El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona y bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro ".

Percibimos claramente cómo nuestro Código Penal adopta una actitud de práctica comodidad al inspirarse en el positivismo incluyendo el artículo transcrito, conceptos directamente vinculados con la idea de responsabilidad legal. Ya habremos de hacer renglones adelante, un comentario de las fracciones de ese mismo artículo que fué reformado y del 68 del mismo ordenamiento, en lo que tienen de interesante para el estudio del tema de esta tesis.

Por ahora, nos parece de gran interés referirnos a las ideas, muy anteriores al encumbramiento del positivismo - con ENRIQUE FERRI, vertidas por FRANCISCO CARRARA al enterarse de la existencia de una corriente jurídico penal que en su época pretendió, por cierto sin éxito, hermanar la legitimidad de la punición y la negación absoluta del libre albedrío. Tal parece que sin proponérselo, respondía, por anticipado a las --- ideas implacables de FERRI acerca de la responsabilidad legal - y la negación del libre albedrío:

" Yo no me ocupo, dijo CARRARA, de cuestiones fi losóficas, presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y la imputabilidad moral, y sobre esta base edificada la ciencia-criminal, que mal se construiría sin aquélla. No me ocupo, por lo tanto, de la moderna escuela anglogermánica, iniciada por -- aquellos filósofos que tomaron el nombre de deterministas; escuela singular y audacísima, que ha intentado conciliar la nega ción absoluta de todo libre albedrío en el hombre, y la legitimidad de la punición que la sociedad inflige a los derechos aje nos. El que desee instruirse sobre esta excéntrica doctrina -- puede encontrarla resumida en el nítido y elegante escrito de - THONISSEN, titulado " Un determinista de 1787' , BRUXELLES, mai; 1784, en el cual hace la historia de la doctrina determinista - que no es tan moderna como se pretende hacer creer.

Mas modernamente se ha intentado conciliar la -- subsistencia del Derecho Penal con la negación de la libertad - humana, recurriendo a la teoría de la causalidad. El delincuen te sufre el ambiente de las causalidades en las cuales se ha -- puesto. La autoridad social debe crear un ambiente de contra-causalidades, que anulen las causalidades maléficas para todos, incluso al delincuente, con las amenazas de castigos y la irrogación de los castigos. Y en esto consiste la legitimidad de -

las penas. .

Esta es la última fórmula con la cual se ha presentado por LOMBROSO y otros, la conciliación de la doctrina -determinista con el mantenimiento del Derecho Penal. Pero en primer lugar observad que bajo este aparato de nuevas palabras se ha reproducido la vieja sentencia de BECCARIA, según la ---cual las penas son obstáculos políticos contra el delito. Nada pues de nuevo y viniendo ahora a la sustancia de esta doctrina, sigue siendo contradictorio oponer causalidades artificiales a quien carece de libertad de elegir.

Si decís que es necesario amenazar con penas -- para neutralizar en el mal inclinado, el influjo de las causalidades criminosas, confesáis, sin advertirlo, que el delin --cuente es libre de elegir entre éstas y aquellas. Hay pues -- contradicción de términos entre el desarrollo de este sistema -- y principio que toma como base.

También creemos que las penas no tienen la razón de su legitimidad, ni en la venganza ni en la expiación, -- sino simplemente en el servicio que presta su amenaza para rechazar los impulsos malvados, por lo cual ROMAGNOSI, poniendo esta idea como punto cardinal de su sistema, llamó a las penas un contrainpulso y construyó la economía de la represión sobre la dinámica entre las fuerzas impelentes al delito y las fuerzas repelentes del poder penal.

Pero todas estas ideas y toda esta dinámica presuponen como necesario precedente la libertad de elegir en el hombre sobre el cual se quieren ejercer las fuerzas sociales. -- cuando las causalidades creadas por la sociedad no han vencido las causalidades impelentes al delito, si persistís en decir -- que aquel hombre ha sufrido una necesidad y no es en consecuencia, imputable, os contradecís vosotros mismos obstinándonos --

en castigar para obtener un efecto que hasta ese momento vues tras causalidades no han producido; y sois injustos.

Vosotros podríais calificar de benéfica vues tra amenaza, siempre que tuviérais la esperanza de vencer, -- con aquélla, las causalidades criminosas. Pero cuando la experiencia ha mostrado que vuestras amenazas han sido impotentes, entonces, para infligir un mal a ese hombre, hace falta que vosotros reconozcáis la causa de tal impotencia en la voluntad del hombre mismo, y no en una fuerza irresistible a la cual él no tenía la potencia de sustraer sus determinaciones. Es tan cierta y tan verdadera esta conclusión, que es universalmente aceptada, incluso por los sistemas penales vigentes, aunque sean rigurosos. Cuando el magistrado reconoce que el justiciable ha cedido a una fuerza irresistible, lo debe absolver y lo absuelve.

Por fuerza lógica, si generalizáis para todos los delincuentes el postulado de la irresistibilidad, será ne cesario que generalicéis la consecuencia de la absolución ple na. De aquí no podéis salir, sin distinguir un caso de otro, y no es posible que déis razón de esta distinción sino recu rriendo a la graduación de la libertad. Quitada del todo la libertad, ninguna pena. Libertad desagrada, pena degradada - proporcionalmente a la degradad libertad " . .

5.- NUESTRO PUNTO DE VISTA.- Por nuestra -- parte, estimamos necesario señalar en primer lugar, el relieve y la gran fuerza de la Escuela Positiva en ENRIQUE FERRI, cuando pone de manifiesto cómo se verifica el desenvolvimiento del hombre dentro de un cúmulo de causalidades naturales, - internas y externas, que pesan sobre su libre determinación - imprimiéndolo derroteros de conducta no propuestos por él. Y

en segundo lugar, señalado el mérito de la escuela positiva, exponer nuestro modo de pensar acerca de este difícil asunto.

Cierto; la humanidad en general y el individuo en particular viven por necesidad constreñidos al marco de las leyes naturales, amoldando su conducta a un sinnúmero de causalidades psicofísicas, como diría FERRI, pero es difícil considerar al hombre y más ampliamente a la humanidad, en igualdad de circunstancias frente a la naturaleza, como lo está una colmena o un hormiguero, desempeñando desde su origen actividades exactamente iguales. El hombre es un ser esencialmente histórico, individual y colectivamente considerado, por las peculiaridades de su existencia y por la distinción radical entre todos y cada uno de los actos de su vida. No podremos por ello decir que el hombre contemporáneo y el de hace cuatro mil años, tengan el mismo modo de vivir, como lo tendría un hormiguero actual y uno de esa época o que tengan la misma organización social y los mismos valores; o idénticas soluciones para la problemática existencial de cada uno. Obvia es la aclaración de que no tomamos al hombre fisiológicamente considerado. Desde ese ángulo, el hombre no ha cambiado ni cambiará en millones de años, pero no podemos partir de una base " bio-fisiológica " únicamente, para construir, analizar y sistematizar un orden jurídico penal y menos aún para justificar el derecho de castigar.

El hombre, aún satisfechas todas las necesidades de orden material inherentes a su naturaleza animal, no puede llegar a su plenitud, a menos que encuentre satisfacción a las necesidades no materiales enraizadas en su naturaleza específicamente humana, las cuales, si bien se apoyan en aquellas, sin embargo están fuera de las mismas en --

una capa del ser propia y superior. O bien, si el hombre depende y vive materialmente dentro de la naturaleza, en cambio en lo espiritual, en lo humano, está fuera de ella. Y es en lo específicamente humano en lo no animal del hombre donde se apoya y nace el orden jurídico, el cual, normando la conducta humana, no podría hacerlo partiendo de la base de ser ella el resultado de una cadena de causalidades naturales, objetivas o subjetivas, porque no puede regularse jurídicamente el orden natural de las cosas. No puede válidamente, castigarse la conducta delictiva si se considera resultado necesario de una conspiración de causas psicofisiológicas. Si se estima el proceder delictuoso como el desemboque de leyes naturales que actúan en el individuo, torpe es el juicio a virtud del cual se castiga a la persona mal inclinada. Tal aberración es comparable a la cometida al castigar a un enfermo de difteria o de disentería.

Unicamente quedan dos caminos: o considerar al hombre dotado de capacidad de elección y castigar al delincuente, o estimarlo necesaria y naturalmente determinado en su conducta y entonces absolverlo cuando delinque, señalando el medio de hacerle recuperar la salud mediante tratamiento médico, si su proceder delictuoso proviene de deformidades psicopatológicas que restan libertad a su capacidad de elección; injusto en grado extremo sería vindicar a un enfermo mental como legalmente responsable, a menos que la palabra legalmente se pudiera interpretar como legalidad natural, haciéndose entonces más aguda la aberración de su castigo, pues dentro de esta lógica, lo justo sería castigar al orden natural, causa de los daños y ello mueve a risa.

Concluimos: el hombre es libre para elegir, por su capacidad de querer y entender, entre el proceder delictuoso y el que no lo es; es libre aún viviendo en el marco

de la naturaleza y a pesar de ello.

No se desenvuelve el ser humano con arreglo exclusivo a sus instintos sino obedeciendo a finalidades que escapan a su naturaleza animal. Séanos permitido un símil: la vida humana es como una partida de ajedrez; en cada oportunidad los contendientes pueden realizar un sinnúmero de jugadas, a elegir, pero siempre dentro del tablero; nunca fuera de él, el tablero es al marco natural donde necesariamente se tiene que desplegar la libertad humana eligiendo a cada momento la mejor posibilidad de su existencia. Por eso creemos que el hombre es libre y por ende imputable psíquicamente, salvo trastorno patológico u otro obstáculo cualquiera que entorpezca su capacidad de querer y entender.

V

LA IMPUTABILIDAD A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA  
JURÍDICA.

1. ¿ QUE ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA ?.-

FILIPPO GRISPIGNI, profesor de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Roma, dice: " Dogmática - jurídico-penal, el Derecho Penal ". (1 )

Creemos prudente hacer una observación lógica al ilustre tratadista romano, en los siguientes términos:- la ciencia en general es un conjunto de conocimientos generalizados y sistematizados, referentes a una rama particular -- del humano saber. Y en tanto la ciencia es conocimiento, el único en aptitud de captarlo es el sujeto cognoscente, el hombre, y por ello nos parece erróneo considerar a la Dogmática-Jurídica como " la ciencia que estudia ... "; sugerimos mejor decir: Dogmática jurídico-penal es el conjunto de conocimientos generalizados y sistematizados, relativos a las disposiciones que forman el Derecho Penal en el seno del ordenamiento jurídico positivo; o bien, Dogmática Jurídico-Penal es la ciencia que abarca al estudio de las disposiciones que forman el Derecho Penal, desprendidas del ordenamiento jurídico positivo. (2)

(1) 34. Filippo Grispiigni: Cfr. "Derecho Penal Italiano " Vol. I págs. 6 a 19, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1948.

(2) Ceniceros y Garrido: "La Ley Penal Mexicana ", Ediciones Botas, México, 1934, Imp. Manuel León Sánchez.

De la definición propuesta en último término, se desprenden el género próximo y la diferencia específica de la ciencia Dogmática Jurídica Penal; primeramente se advierte: es ciencia jurídica y los conocimientos desprendidos de ella se ubican en el ámbito del deber ser. En segundo lugar, se percibe como diferencia específica, el Derecho Penal como objeto medular de conocimiento.

El profesor PORTE PETIT manifiesta; ... la ciencia jurídico penal es un conjunto sistemático de principios y conclusiones jurídicas relativos al delito, a la pena, al delincuente y medidas de seguridad... Por otra parte, consideramos que la Dogmática Jurídico-Penal consiste en el desarrollo, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal ".(2)

La Dogmática Jurídica Penal, entonces, se encuentra comprendida dentro de las disciplinas jurídicas en sentido estricto, con las cuales tiene en consecuencia, dos rasgos comunes: la naturaleza y el método. En tanto disciplina jurídica se encuentra ubicada en el campo más vasto de las ciencias normativas, de las cuales las jurídicas son una especie.

Asímismo la Dogmática Jurídico Penal, como ciencia normativa, se distingue de las disciplinas causales explicativas, en el distinto objeto examinado por ellas: mientras las ciencias causales explicativas se avocan al estudio del ser, la Dogmática Jurídico-Penal, es el conocimiento de una parte del deber ser, específicamente, las normas jurídicas [ penales ] desprendidas del ordenamiento jurídico positivo. Y

(2) Ceniceros y Garrido: " La Ley Penal Mexicana ", Ediciones Botas, México, 1934, Imp. Manuel León Sánchez.

siendo la norma, expresión de lo que debe acaecer, independiente de que suceda o no, la tarea del cultivador de las disciplinas cuyo objeto de estudio son dichas normas, consiste en llegar al conocimiento más profundo y sistemático del contenido de las mismas, determinando el alcance del deber establecido en ellas, las condiciones que lo hacen nacer o extinguirse, los límites del espacio y tiempo de su validez, precisando los sujetos respecto de los cuales ese deber ha sido establecido y agregando las consecuencias que deben seguirse en caso de desobediencia.

Sin embargo, las normas también pueden ser y son objeto de estudio de las ciencias causales explicativas: pero en tanto que en las ciencias normativas se estudia exclusivamente el contenido de las normas, en las ciencias causales explicativas se presupone ya conocido éste y se estudia el porqué y el cómo de la génesis de dichas normas, sus efectos sociales, las causas de su desaparición, etc., de modo que las ciencias causales explicativas estudian a las normas intentando extraer la uniformidad legal relativa a ellas. (3)

Ahora bien, la diferencia existente entre la Dogmática jurídica, como ciencia normativa, con otras disciplinas de ese carácter, se encuentra en el objeto de ella, constituido por las normas desprendidas del ordenamiento jurídico positivo exclusivamente, como expresión de la voluntad estatal en la vida social, quedando fuera de su ámbito el llamado **Derecho Natural**, aspiración hacia la cual tiende la conciencia social, pero que puede el Estado no haber incluido todavía en sus preceptos.

La Dogmática Jurídica es ciencia especulativa, en oposición a las ciencias prácticas, porque su finalidad es, al contrario de éstas, exclusivamente cognoscitiva. Al respecto, la doctrina ha señalado el peligro existente en el sentido de la Dogmática en la posibilidad de enfrascarse en elucubra

(3) Ignacio Villalobos: "Dinámica del Delito", página 1200, Editorial Jus, México, 1955.

ciones excesivas que hagan perder al estudioso el contacto con la realidad social, comentando PORTE PETIT en este punto, " -- que verdaderamente la única actividad creadora del jurista, en cuanto tal, es la construcción jurídica, es decir, la ciencia-Dogmática, la cual corresponde a un momento de la actividad -- mental de él [ momento lógico ], manifestado en la formación - definición y coordinación de los conceptos jurídicos, y muy di- ferente del momento volitivo, manifestando en la legislación, - la cual es distinta del momento práctico, constituido por la - aplicación hecha por el juez, de la norma jurídica al caso con- creto; momento práctico que presupone el teórico o dogmático, - en cuanto es sobre la base de los resultados de éste último, - que tiene lugar la aplicación judicial del Derecho ". (4)

" Ciertamente, sigue diciendo Grispigni, - el procedimiento del jurista no consiste meramente en tomar no- ta de datos exteriores; lleva a cabo la construcción de insti- tuciones y por tanto inventa, crea. Para tal finalidad tiene- necesidad de intuición y de fantasía: un jurista sin fantasía- no es jurista. Pero esto ocurre en todas las ciencias. En -- efecto ¿ acaso el descubrimiento de uniformidades legales en - el campo físico, biológico, psicológico y sociológico no re- -- quieren los mismos procedimientos y la misma intervención acti- va del observador ?." (5)

Resumiendo, puede decirse que la Dogmática Jurídica es la ciencia teórica con la cual pretende el jurista reflejar en un sistema ordenado de conocimientos, el contenido [ Derecho Penal ] de las disposiciones que constituyen el orde- namiento jurídico positivo. De donde el carácter científico - de la Dogmática Jurídica es innegable, siendo como es, un sis- tema de conocimientos, distribuidos en coordinaciones y subor-

(4) Max Ernesto Mayer: Cfr. citado por Fernando Castellanos Tena: "Línea - mientos elementales de Derecho Penal" página 220, Editorial Jurídica - Mexicana, 1959.

(5) Ignacio Villalobos: "Dinámica del Delito", pág. 121, Editorial Jus, Mé- xico, 1955.

dinaciones, reflejo de una parte importante de la realidad objetiva, constituida en el caso concreto, por el contenido de las diversas disposiciones jurídicas; ello se confirma aún más, si estamos de acuerdo en concebir el conocimiento científico como la representación sintética y sistemática de la realidad objetiva, a la cual refleja, como un orden de hechos, en un orden de conocimientos, de tal manera entonces la ciencia sería subjetivamente un orden de conocimientos y objetivamente un orden de hechos, características perfectamente aplicable a la Dogmática jurídica. (6)

2.- LA DOGMATICA ES CIENCIA TEORICO COGNOSCITIVA.- Ya examinamos arriba el carácter científico de la Dogmática; vivimos su aspecto normativo, jurídico y especulativo o teórico, en oposición a las ciencias prácticas; toca ahora señalar cómo a veces la Dogmática es confundida con el arte y con la técnica, en en fin se le atribuye el perfil de ciencia práctica.

Para GRISPIGNI, " quien niega a la Dogmática el carácter de ciencia teórica, confunde la misma con la aplicación de las normas jurídicas; es decir, con la Jurisprudencia -- Práctica, función exclusiva del juez; por lo cual la dogmática -- es verdaderamente ciencia teórica que mira en forma inmediata a -- finalidades exclusivamente cognoscitivas, y no hacia la obra. Si luego sirve también para finalidades prácticas, como la aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos, ésta es una característica privativa en mayor o menor medida, de todas las -- ciencias teóricas, cuyas conclusiones son utilizadas, más tarde o más pronto, para finalidades humanas individuales o colectivas" (7)

Es erróneo afirmar también como valor único de la Dogmática [ al examinar el contenido del Derecho ], la educación y preparación de los litigantes, finalidad utilitaria equivocada por dos razones, esto es, porque por un lado se confunde -

(6) Dr. José Sanchis Banús: Iniciativa de Reforma Propuesta a la Comisión redactora del nuevo artículo 8o. del Código Penal español, reformado el 27- de octubre de 1932.

(7) Ignacio Villalobos: " Dinámica del Delito ", página 1200, Editorial Jus,- México 1955.

a la ciencia [ Dogmática ] y por otro lado, porque si bien los resultados de la Dogmática pueden servir para fines prácticos, también se utilizan para fines meramente teórico - cognoscitivos, como por ejemplo: a la Historia del Derecho, a la Sociología General, a la Economía o a la Religión. Al respecto expone GRISPIGNI: "... para negar el carácter teórico cognoscitivo de la Dogmática, a nada conduce poner de relieve que ella sirve también para fines prácticos; del mismo modo se podría sostener que la Geometría no es ciencia teórica, sino práctica, - porque sirve a los arquitectos, a los peritos agrimensores, -- etc. También se afirma que la Dogmática Jurídica no es otra cosa que una especie de técnica jurídica; pero en verdad la expresión técnica jurídica puede significar dos cosas al mismo tiempo: o se quiere con ella señalar el " método jurídico, o bien significa la aplicación de tal método, a lo cual cabe señalar que el citado método jurídico es el procedimiento del -- cual se sirve la Dogmática para el estudio, examen y análisis de las normas jurídicas. Por lo cual podemos decir: la técnica, en realidad es un obrar con ciencia, un saber hacer, una - habilidad práctica. La técnica es actuar de acuerdo con una - regla; constituye la exacta aplicación de la metodología, y -- por ello, la técnica jurídica consiste en obrar conforme a las enseñanzas de la metodología jurídica ".

Asímismo, nosotros podemos afirmar el error en que caen los que conciben a la técnica jurídica como una -- forma intermedia entre la ciencia y la práctica, entre el saber y el hacer, pues olvidan precisamente la diferencia existente entre la Dogmática [ conjunto de conocimientos ] y el -- instrumento usado por los estudiosos para alcanzarla [ técnica jurídica ], o más profundamente, confunden el conocimiento en sí, con el medio o técnica con el cual se alcanza aquél.

" Tampoco sigue diciendo el profesor italiano, puede negarse a la Dogmática el carácter teórico-cognoscitivo, arguyendo que es un arte y poniendo de relieve la llamada función creadora del juez y del estudioso. En verdad, esa pretendida función creadora, en el derecho moderno, se reduce siempre, en definitiva, al conocimiento más profundizado de las normas positivas, respecto a las cuales, precisamente, se trata de establecer si permiten, en qué medida y cómo, la decisión del caso concreto, habiéndose ahora demostrado en forma exhaustiva que no se puede hablar de lagunas, en sentido estricto, en el ordenamiento jurídico salvo en forma impropia. En consecuencia de ello, la actividad del jurista en cuanto tal, jamás es creadora de normas nuevas y mucho menos diferentes. EL JURISTA PUEDE SOLAMENTE ENCONTRAR EN LAS NORMAS UN CONTENIDO MAS AMPLIO Y DIVERSO A AQUEL QUE OTROS HASTA ENTONCES NO HABIAN ADVERTIDO, PERO EXISTIA YA EN ELLAS. La actividad del jurista no es fuente de derechos, siendo en cambio [ o debería serlo ], meramente reproductiva; valga decir que su función consiste en la fiel reproducción de determinado ordenamiento jurídico ".

La única actividad creadora del jurista es la construcción jurídica, el sistema, es decir, la ciencia Dogmática.

**3.- LA DOGMATICA JURIDICA ES CIENCIA FORMAL Y ABSTRACTA.-** Efectivamente, el contenido de las normas jurídicas lo proporciona la vida de la sociedad a la cual rigen, y --aquéllas son al mismo tiempo la forma de ésta. Por ello la Dogmática Jurídica es únicamente el estudio de la forma, como diferente del contenido de las normas jurídicas y prescindiendo de él, en el sentido de que el estudio de la vida social no entra en la función específica de la Dogmática porque aquella se encuentra constituida por una infinidad de sucesos concretos, -

objeto específico de la Historia o de la Sociología, pero no de la Dogmática, ubicada exclusivamente en el mundo del Derecho, cuyas disposiciones son formuladas en forma general y abstracta, con base en lo cual se afirma que el ámbito del jurista abarca únicamente el mundo de las abstracciones, no el mundo objetivo de los acontecimientos naturales.

**4.- EL DERECHO POSITIVO, OBJETO DE ESTUDIO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.**- A pesar de lo anterior, la realidad social y el ordenamiento jurídico no se disocian a virtud del examen dogmático de éste último; cierto es que la realidad estudiada por la Dogmática es el Derecho Positivo; pero como éste regula relaciones de los coasociados entre sí delimitando sus facultades en el disfrute del producto social, resulta consecuentemente que el mundo físico y social se refleja en el ordenamiento jurídico forzosamente, y aún cuando la Dogmática no comprenda el estudio de dicha realidad física y social, sino únicamente el Derecho, no tiene y no puede tener de tal realidad otro concepto que el peculiar y específico del ordenamiento positivo, objeto de su examen. " Por eso, afirma CRISPIGNI, el jurista no debe plantearse la pregunta: ¿ qué cosa es tal objeto ?, sino solamente: --- ¿ cómo es concebido por el Derecho el citado objeto ?.

De todo lo cual se desprende que la realidad objetiva si bien se refleja en la Dogmática, ello es en forma mediata, a través del modo como ella es representada por el Derecho; por eso, los conceptos vertidos por la Dogmática no son reflejo directo de la realidad objetiva, sino los conceptos que de ésta tiene el ordenamiento jurídico positivo. Considerar jurídicamente, o valorar desde el -

punto de vista jurídico, un hecho o una situación, significa determinar su naturaleza, no ya objetiva, sino refiriéndose al modo como son concebidos y regulados por la voluntad estatal. De donde concluimos: todos los conceptos jurídicos son de naturaleza teleológica, contruidos de modo que puedan conectarse a ellos, efectos jurídicos, independientemente de la naturaleza específica de las realidades naturales o sociales a las que se aplique el Derecho; ejemplo palpable es el concepto de persona moral [ sociedad anónima ], que implica el reconocer personalidad jurídica a intereses o relaciones que no tienen, desde el ángulo naturalista, el carácter de sujetos. De donde se desprende entonces la posibilidad de ofrecer un concepto naturalista y un concepto jurídico respecto de un mismo objeto.

**5.- LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y EL FORMALISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN.** - ¿Cuál es la diferencia, en cuanto al conocimiento, entre la Dogmática y el formalismo jurídico de HANS KELSEN ?.

Es bastante difícil para nosotros la solución de un problema tan arduo, por implicar profundos conocimientos de Derecho Público y Filosofía Jurídica, pero es imprescindible para poder dilucidar el concepto de la imputabilidad, desde el punto de vista dogmático, establecer la validez del método empleado, frente al formalismo jurídico de HANS KALSEN, tan combatido y tan genial, con el cual guardasemejanzas que pueden conducir a una confusión desastrosa, propiciando así ataques similares contra la Dogmática jurídica-penal.

Báculo necesario es la opinión del multicitado FILIPPO GRISPIGNI en la solución propuesta del modo siguiente:

¿ Resultará posible ofrecer dos conceptos, uno naturalista y otro jurídico, respecto de un mismo objeto ?.

En verdad no existe ninguna duda sobre la ilegitimidad de considerar que un mismo objeto pueda dar ocasión a multiplicidad de formas de conocimiento.

En efecto, un objeto no puede ser conocido [ en su esencia ] sino por una sola y única disciplina, y no puede ser estudiado más que con un sólo y único método. Para excluir toda duda a ese respecto basta recordar que el concepto, según la lógica expresa, la esencia del objeto, es la unidad de las notas esenciales del objeto; y uno de los caracteres es el de su necesidad, en el sentido de que no pueden existir varios conceptos de la misma cosa. Pero adviértase de inmediato: -- cuando comunmente se dice que un mismo objeto puede ser estudiado desde diversos puntos de vista, en realidad se trata de objetos diferentes y no ya del mismo objeto. Y esto es precisamente lo que ocurre cuando se habla de conceptos naturalistas y de conceptos jurídicos, respecto de un mismo objeto.

Como ya se ha dicho, las normas jurídicas, en cuanto constituyen un ordenamiento de la vida social, también se refieren a hechos, a procesos y a relaciones sociales porque el Derecho es una forma a la cual la vida social proporciona la materia; tales hechos, procesos y relaciones sociales constituyen asimismo el contenido de las normas jurídicas particulares, en el sentido de que las normas jurídicas se expresan por medio de conceptos con los cuales se quiere -

indicar hechos y relaciones de la vida social. Por lo tanto, sí es exacto lo dicho por KELSEN, esto es, que los conceptos de la ciencia jurídica no tienen por sustrato a hechos reales, sino exclusivamente normas jurídicas, no es menos verdadero - que los conceptos, no ya de la ciencia, sino de las normas jurídicas, tienen por sustrato a hechos reales. En consecuencia, no se puede tampoco coincidir con KELSEN, quien negando que se pueda dar un concepto jurídico de algún objeto diverso a una norma jurídica, afirma: " concebir una cosa jurídicamente no puede decir otra cosa que concebirla como derecho ". En cambio, nosotros decimos: " concebir alguna cosa jurídicamente quiere decir concebirla NO COMO DERECHO, PERO SI SEGUN-COMO ELLA ES CONCEBIDA POR EL DERECHO ".

" Y puesto que el Derecho no es conocimiento de la realidad objetiva SINO REGULACION DE ACTIVIDADES HUMANAS, es decir, PUESTO QUE NO ES UN ACTO INTELECTIVO SINO VOLUNTIVO, sus conceptos pueden ser, en todo o en parte, copia de lo real; por consiguiente los conceptos jurídicos pueden ser diferentes de los conceptos naturalistas; vale decir que mientras éstos últimos están vinculados a la realidad objetiva, los conceptos jurídicos en cambio son en cierto modo libres ; arbitrarios, son conceptos parcialmente convencionales.

Pero precisamente por tal posibilidad de diferencia surge la necesidad de investigar de qué modo el concepto jurídico de un hecho o de una relación social es idéntico o diferente del de las ciencias causales explicativas. Y es por esto que se presenta como absolutamente posible, y a veces necesario, la doble investigación naturalista y jurídica en torno a algunos objetos, de los cuales por lo

tanto, pueden darse dos conceptos, uno naturalista y otro jurídico, eventualmente no concordantes ".

\*\*\* 6.- CONCEPTO DOGMÁTICO DE LA IMPUTABILIDAD.- De lo expuesto se desprende con claridad la importancia del estudio dogmático del Derecho Penal y especialmente del instituto de la imputabilidad, punto medular de atención en este trabajo; aclarando además la inclusión del comentario acerca del formalismo jurídico de HANS KELSEN, frente al concepto dogmático del Derecho Penal, porque personalmente nos ha asaltado con frecuencia la duda de si al razonar dogmáticamente dentro del Derecho Penal, no estaremos en realidad bordando dentro del ámbito KELSENIANO del Derecho y del Estado, concepto tan extraordinariamente brillante, pero al fin jurídica y filosóficamente superado en los tiempos actuales.

No pretendemos resolver a fondo el problema; simplemente proponemos una solución, la mejor posible, hasta donde nuestra preparación lo permite.

Surge con motivo de ello, una inevitable pregunta: ¿ qué debemos entender por un concepto dogmático de la imputabilidad ?. Dentro del orden de ideas expuesto en este capítulo, concebimos al Derecho Penal, dogmáticamente hablando, como el conjunto coordinado y sistematizado de principios desprendidos del ordenamiento jurídico positivo, cuyo contenido está formado por un conjunto de normas jurídicas que prohíben hechos y ordenan conductas o abstenciones, bajo la amenaza de una pena o sanción. De donde concluimos: debemos entender por concepto dogmático de la imputabilidad, la idea que de este instituto postula ordenamiento jurídico positivo, a través de las fracciones II y IV del Artículo 15 del Código Penal mexicano, y Artículo 68 del mismo ordenamiento.

\*\*\* [ De acuerdo con el Código de 1931 y comentarios de los artículos 15, frac. II y IV y el Artículo 68 y 52 del mismo ordenamiento. ]

Creemos que nuestro Código Penal no se refiere a un concepto místico o moral de la imputabilidad, como en la doctrina de CARRARA; creemos que acepta la idea de una libertad relativa en el hombre y concibe en éste la capacidad de querer y entender una conducta, o la incapacidad -- para ello, como causa de inimputabilidad; no estimamos que acepte el rígido concepto de responsabilidad social basado en una absoluta causalidad de la conducta humana, como dijera FERRI; más bien percibimos en nuestro ordenamiento un --- concepto de imputabilidad fundamentalmente psicológico, entendiendo que son los motivos conscientes o inconscientes, los factores determinantes de la imputabilidad de un infractor de la ley penal.

Tampoco podemos aceptar la idea de temibilidad, con Garófalo, a pesar de hablar de ella el párrafo -- tercero in fine, del artículo 52 de nuestro Código. Ese concepto indefinido rompe con los lineamientos generales seguidos por la citada ley al respecto, por no referirse a la --- idea, desprendida de aquella, acerca del instituto analizado.

En efecto, el referido artículo 15 del Código citado, señala como circunstancias excluyentes de responsabilidad [ rubro incompleto ], la impulsión de una fuerza física exterior irresistible; la inconsciencia del infractor en el momento del delito, ya sea por ingestión involuntaria de sustancias toxiinfecciosas o por trastorno mental, de carácter patológico y transitorio; por miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente, etcétera.

¿ Qué circunstancias, qué requisito falta a la persona cuando habiendo cometido un acto señalado por la ley como delito, y estando dentro de los citados supuestos jurídicos, no puede ser declarada culpable ? [ no olvide mos a la imputabilidad como presupuesto lógico invívito-----

en la idea de culpabilidad ]).

Falta indudablemente al sujeto activo del delito, según desprendemos de nuestro Código, una cabal aptitud para aprehender con eficacia el mundo empírico cuya destrucción parcial promueve con su acto [ por estimarlo necesario para recobrar la perdida igualdad, o para hacer desaparecer el sentimiento de inferioridad ante un mundo empírico -- aplastante a la visión psíquica del sujeto ].

Esa cabal aptitud para aprehender la realidad circundante, postulada por el artículo 15 [ a contrario sensu ], constituye, según desprendemos de su examen dogmático, una alteración pasajera de la salud mental, producida en forma transitoria e involuntaria, por agentes endógenos o exógenos, distinta en cada caso pero invariablemente -- la causa genética de la actividad destructiva tipificada como delito.

#### 7. IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.-

En lo que concierne a la Imputabilidad -- disminuida la cual pese a las controversias de los tratadistas, existe de hecho en legislaciones, como la alemana o italiana, así como también en la nuestra más no en el Código Penal para el Distrito Federal, pero sí en las codificaciones penales del Estado de Veracruz, Guanajuato y Jalisco de reciente promulgación encontramos que insertan preceptos en los cuales se da especial tratamiento punitivo a quienes tienen notoria o gravemente disminuida su capacidad.

## VI

### PROCEDIMIENTOS PARA LOS INIMPUTABLES.

1. ORDENAMIENTOS LEGALES,- Como ya lo expliqué en el capítulo anterior, la Fracción II del Artículo 15- de nuestro Código Positivo, señala como excluyentes de responsabilidad las que me permito transcribir a continuación: " nade- cer el inculpaado, el cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el ca- rácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa com- prensión, excepto de los cargos en que el propio sujeto activo- haya provocado esa incapacidad intelectual o imprudencialmente.

Dicho artículo fué reformado por Decreto -- del día 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Ofi -- cial el día 13 de enero de 1984.

Algunos tratadistas han considerado que las causas de inimputabilidad son aquellas en que, si bien el hecho es instrumento malo, contrario al derecho no se encuentra suje- to de delito en condiciones de serlo, atribuye el acto realiza- do por no incurrir en él, el desarrollo o la salud mental, la - consciencia o la espontaneidad según JIMENEZ DE ASUA.

" ADICIONES AL PROGRAMA DE CARRARA, REUS MADRID  
1925, página 348.

El Código Penal del Distrito Federal, aplicable en materia federal, no consagra dispositivo, que recoja la imputabilidad disminuida y la concurrencia de la misma, sólo será considerada como una mera circunstancia personal que deberá de tomar en cuenta el juzgador al aplicar la pena, según lo --precisa el artículo 52, al expresar que "en la aplicación de -- las sanciones penales se tendrá en cuenta ... 3° Las condiciones especiales en que se encontraba el sujeto en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones-- personales que puedan comprobarse" ... (1)

En consecuencia, dicho código no hace operar --reducción de la pena, dado que el juzgador no puede rebasar el mínimo que al delito señala la Ley.

En cambio el Penal de Veracruz, el de Guanajuato y Jalisco siguiendo una corriente doctrinal y legislativa -- más moderna, insertan preceptos en los cuales se da especial --tratamiento punitivo a quienes tienen disminuida su capacidad.

El Código Penal de Veracruz de reciente promulgación (13 de septiembre de 1980), incluye dentro de las causas que excluyen la imputabilidad en su artículo 12 fracción-- IX, la que hace consistir en que "el agente al momento de realizar la conducta o hecho, a virtud de cualquier causa, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión ...", y en su párrafo segundo agrega: "Si se halla gravemente disminuida la-- capacidad del agente a que se refiere el párrafo anterior, el--

(1) Francisco Pavón Vanconcelos. Ed. Porrúa, S.A. México  
1983, Ia. Edición.

juzgador podrá aplicarle hasta la mitad de la sanción que corresponda al delito cometido o una medida de seguridad".

Independientemente de considerar si la imputabilidad disminuida encontró o no lugar adecuado, sistemáticamente, dentro de las causas que excluyen la incriminación, -- los autores de la Ley Penal Veracruzana comienzan en la parte relativa de la Exposición de Motivos del entonces proyecto -- del Código Penal por reconocer los casos de "grave disminución de la capacidad", aplicando hasta la mitad de la pena correspondiente al delito cometido, o bien una medida de seguridad.

En el Código Penal de Guanajuato en el Capítulo Sexto de su Título Segundo en su artículo 35 reguló la imputabilidad, al declarar: "No es imputable quien en el momento del hecho y por causa de enfermedad mental que perturbe -- gravemente la conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, atentas las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no tenga capacidad de comprender le carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión ...", y aceptó plenamente la imputabilidad disminuida, al prescribir en su artículo 36:

"El agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, en el momento de la acción y omisión sólo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión, se le aplicará una pena no menor de un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del

máximo de la establecida por la Ley para el correspondiente delito. Si la imposición de la pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas patológicas, se aplicará solamente una medida de seguridad curativa".

El nuevo Código Penal para el Estado de Jalisco promulgado el dos de agosto de 1982, en el Capítulo XIII del Título Segundo, relativo a las Sanciones y Medidas de Seguridad, consagra en su artículo 39 la imputabilidad disminuida, determinando que "en el caso de los sujetos con imputabilidad disminuida, el juez dispondrá de la medida de tratamiento que corresponda en internamiento o libertad vigilada, así como las condicionantes para asegurar la defensa social, considerando la peligrosidad del sujeto y las necesidades que se planteen en el curso de su tratamiento. La autoridad ejecutiva podrá resolver sobre la conclusión de la medida en forma condicional o definitiva".

Adviértase de inmediato que la Ley Penal Jalisciense no precisa quiénes se encuentran bajo el estado de imputabilidad disminuida, dejando por ello abierto el criterio al juzgador, para que éste mismo determine la imputabilidad o su grado para con el procesado. (2)

Por otra parte, se deduce del texto legal que el sujeto con imputabilidad disminuida, queda excepcionado de la aplicación de una pena, pues en el dispositivo transcrito se le señala simplemente la internación para los efectos de su tratamiento, o bien su libertad vigilada, lo que pone sin lugar a dudas al procesado en caso de estar dentro del supuesto de una norma penal como inimputable, siempre y cuando el -

(2) Francisco Pavón Vasconcelos. Ed. Purrúa, S.A. México, 1983. 1a. Edición.

juez, en uso de una facultad discrecional otorgada por la --  
Ley, así lo decida.

2.- CAUSAS DE JUSTIFICACION.- Son las que ex  
cluyen la antijuridicidad de la conducta, que entra en el he-  
cho objetivo determinado por una ley penal, según AUGUSTO ---  
KOHLEK.

La comprobación de las excluyentes corresponde  
a quien las invoca y no al Ministerio Público ( S.C., tesis -  
relacionada, 6a. época, 2a. parte, T. XIII, página 76 ).

**Jurisp.-** Para que proceda conforme al texto -  
legal y a la doctrina se necesita comprobar la existencia de  
una fuerza material, no moral, la que excluye los ímpetus o -  
arrebatos pasionales; que sea exterior, esto es que provenga  
de otra persona, lo cual excluye los propios ímpetus de ori--  
gen interno; e irresistible y que anule por completo la liber-  
tad de obrar del acusado [ A.J., t. IV, pág. 339 ]. El obrar  
impulsado por una fuerza física exterior e irresistible es --  
una causa de inimputabilidad porque el que tal hace no obra -  
de un modo espontáneo y por lo tanto no puede exigírsele res-  
ponsabilidad criminal; la violencia física debe ejercerse ma-

terialmente sobre el agente [ A.J., T. XV, página 724]. Para que exista esta excluyente se requiere que el delincuente se encuentre incapacitado para autodeterminarse, que no tenga intención de causar un daño, de manera que si aquél toma una pistola que se hallaba en un aparador y tira del llamador de la misma, está acreditado que obró con intención de causar un daño a otro y que no obró en los términos de la excluyente indicada [T.S., 6a. sala, 19 de marzo de 1941]. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño [ S.C., Jurisp. def., 6a. parte, número 140 ].

Diversas anormalidades o alteraciones puede presentar la vida anímica de la personalidad. Distinguimos dos grupos:

PRIMERA.- La pérdida de la conciencia, o falta de conciencia, denominada locura, alineación, o enajena ---

ción mental. Es un estado total de inconsciencia.

**SEGUNDA.**- Las perturbaciones más o menos profundas de la consciencia, en las que, sin embargo, aunque anómala, la consciencia subsiste en menor o mayor grado; trastornos que presentan a su vez dos diferentes órdenes: o tienen un origen fisiológico, no morboso o lo tienen morboso, patológico. Según las posiciones más exploradas de la psiquiatría la perturbación fisiológica de la consciencia se ofrece en los casos de sueño, sonambulismo, hipnotismo, estados pasionales [ sexuales, cólera, temor, sugestión de masas, etc. ]: y la patológica en estos otros casos: a) estados producidos por la ingestión de sustancias embriagantes, tóxicas o enervantes; b) ciertos estados tox infecciosos; y c) estados crepusculares de mayor o menor duración e intensidad y transitorios, con base histérica, epiléptica, neuropática, etc., y estados de desmayo. Todo lo cual produce trastornos mentales transitorios. Como a éstos se refiere propiamente la excluyente, más que de estados de inconsciencia debe hablarse de trastornos mentales transitorios, patológicos y no buscados de propósito.

**3.- TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES EN INTERNA MIENTO O EN LIBERTAD.**- De acuerdo con nuestro Código Positivo, el Artículo 67 que fué reformado por decreto del día 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial del día 13 de enero de 1984, establece: " 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.

**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 Artículo 69 del citado Código Penal, también establece que en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

De acuerdo con los comentarios del Doctor Raúl Carranca Trujillo, en su Código Penal, comentado en su página 216, considera que el Código Penal 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.

El Código Penal no considera responsables penalmente a los sordomudos cuya conducta cause un resultado típico penal, pero sí los considera socialmente responsables, por peligrosos, dado su insuficiente discernimiento por falta de desarrollo mental normal, y en su consecuencia, los hace objeto de la correspondiente medida de seguridad.

" Las ideas de deber, derecho, justicia que escribió Francisco Carrara no las adquiere el hombre, sino mediante la comunicación que por el oído recibe de los demás hombres. - El vehículo necesario para la comunicación de las ideas abstractas es la palabra; los otros sentidos pueden hacernos adquirir la noción de la Justicia " [ Programma, párris. 240,241]. Como que la palabra no es sólo vehículo y ropaje del pensamiento; es en mucha parte el pensamiento mismo y por ello es que el pensamiento no puede ser concebido sino en palabras y que variar las palabras con que nos expresamos es variar nuestro pensamiento, - que no puede expresarse exactamente de dos modos diferentes.

Lo escrito por el maestro de Pisa nos parece -- acertado cuando se aplica al sordomudo de nacimiento; este tipo de sordomudez emparenta con el retraso mental, cuando no con la idiotez. La exención de responsabilidad penal, la consignan los c.c.p.p. españoles de 1928 y de 1932 cuando la sordomudez es de nacimiento y va unida a la carencia " en absoluto de instrucción" [ art. 8, núm 3 ]; pero, considerándola una exigente incompleta, dispusieron el ingreso en un establecimiento de educación de -- anormales, de tales sordomudos. Nuestro c.p. 1871 también consideraba excluyente de responsabilidad la sordomudez de nacimiento - " o desde antes de cumplir los cinco años " [ art. 34, fr. VII;] y dispuso la entrega del sordomudo a la familia o su internamiento en una escuela de sordomudos [ art. 163 ].

El Art. 67 comentado da ocasión a la sentencia indeterminada. No distingue entre sordomudez de nacimiento o con posterioridad a éste, ni entre educados o instruidos e ineducados o carentes de instrucción. Lo mismo es para la ley el sordomudo por nacimiento que el que, rebasa su mayor edad, sufre de sordomudez por efecto de un accidente, p.e., y después de acreditar educación o instrucción a través de largos años. Como a este último la reclusión " por todo el tiempo necesario para su curación o instrucción " no le sería aprovechable a esos efectos, resulta que prácticamente podrá ser vitalicia, si la sordomudez es incurable y si no se está en el caso del art. 69 c.p., o podrá no serle impuesta medida alguna si fuese curable al mismo tiempo que en persona instruida.

La medida de seguridad comprendida en el art. 67 c.p. debe ser aplicada judicialmente en la sentencia y previas las conclusiones de las partes en el expediente, tras el análisis de las pruebas relativas al cuerpo del delito y a la participación en él del sujeto y tras establecer que ambos están plenamente comprobados, en su caso debiendo entonces la sentencia acordar dicha medida; precederán a continuación los recursos a que hubiere lugar y la segunda instancia podrá conocer de la sentencia dictada. Sólo así no habrá violación de las garantías constitucionales consignadas en los arts. 14, 19, 20 y 21 Const., por seguirse un procedimiento regulado por la ley.

**Jurisp.-** El c.p. 1931 considera a los enfermos mentales socialmente responsables por el hecho de vivir en sociedad y obligados a responder de sus actos, aún cuando no hubiesen tenido conocimiento de la ilicitud de sus actos; la responsabilidad de tales sujetos se aprecia en razón de su peligrosidad desde el punto de vista social, para aplicarles una medida de seguridad al concluir el proceso [ A.J., t. XIX, pág. 864 ].

•• [ 189a ] Texto vigente conforme al Decr. de dic. 30, 1983 [ D. O. núm. 10 de ene. 13, 1984 ].

V. nota núm. 189. V. asimismo nota núm. --- 101a. La decisión del juez se deberá llevar a efecto con base en la opinión de especialistas, peritos en la materia si cabe el término. El procedimiento es aquí el normal, que también-corresponde a los imputables. Lo que pasa es que el juez, en el caso, decidirá la medida aplicable que de ninguna manera - se equipara a la que se impone al imputable. El nuevo tipo, - como se ve, absorbe en el concepto de inimputables diversas - especies de los mismos, tantas cuantas el género pueda admi - tir. La desgracia consiste, como ya se ha señalado, en que - la institución correspondiente para el tratamiento del sujeto inimputable es todavía demasiado defectuosa. A la fecha en - que redacto esta nota, y en las cárceles del Distrito Federal los inimputables son mezclados con los imputables; salvo una - mínima separación sin la mayor relevancia. [ C y R ].

**ARTICULO 68.-** [ Reglas sobre inimputables ]. Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autori - dad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente --- corresponda hacerse cargo de ellos [ ellas ], 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 obliga - ciones contraídas\*[ 190 ]\*[ 191 ]\*[ 191a ].

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre - la modificación o conclusión de la medida, en forma provisio - nal o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la - frecuencia y características del caso.

(189a) Código Penal. anotado R.Carrancá y Trujillo, R. Carrancá y Rivas, Ed. Porrúa S.A., 1985.

En tanto que el " tratamiento mental de carácter patológico y transitorio ", que origina un " estado de inconciencia ", es causa de inimputabilidad y por tanto, excluye la responsabilidad penal, conforme al art. 15, fr. II in fine c.p., la debilidad, la enfermedad y la anomalía mentales no lo son, -- sino que cuando el sujeto realiza conductas que causan un resultado típico penal, dan lugar a la exigencia de su responsabilidad social y en consecuencia a la aplicación de la medida de seguridad prevista en el art. 24, núm. 3, c.p.

Como en el caso del art. 67, dicha medida corresponde aplicarla al juez [ v. nota 189 al art. 67 c.p. ]\*

El c.f.p. establece un procedimiento especial-aplicable a los anormales mentales que hayan delinquido [ art. 495 a 497 ] o que " enloquezcan en el curso del proceso " [ art. 498 ]. Para los primero el juez puede ordenar provisionalmente la reclusión del sujeto en manicomio o departamento especial y comprobada la anormalidad, a su prudente criterio queda la comprobación del cuerpo del delito y de la participación de dicho sujeto; comprobada ésta y con audiencia del Ministerio Público y del Defensor, resolverá, si procede, la reclusión. Su resolución es apelable en el efecto devolutivo.

En cuanto a los que enloquezcan procede la suspensión del procedimiento de acuerdo con el art. 468, fr. III, c. í.p. y la remisión del loco al manicomio correspondiente.

**Jurisp.-** Según la teoría defensista que inspiró al legislador de 1931, los enfermos mentales por el grado de peligro que revelan son tan responsables como quienes ejecutan un hecho punible en el completo uso de sus facultades psíquicas; pero de acuerdo con los principios de la responsabilidad clásica, basada en la voluntad del agente de la infracción, que consagra -

(189) Código Penal. anotado R. Carrancá y Trujillo, R. Carrancá y Rivas, Ed. Porrúa S.A., 1985.

la Const. en el capítulo de garantías individuales, debe absolvérseles por ser irresponsables en virtud de no haber tenido -consciencia del acto ejecutado, ya que otra cosa equivaldría a seguirles un proceso criminal ficticio sin que en realidad se-cumpliera con las formalidades del procedimiento, como son, --entre otras, que el acusado conozca bien el hecho punible que-se le atribuye y esté en condiciones de aportar los datos que-necesite para su defensa [ A.J., t. XI, pág. 860 ]. La meno -pausia puede ser en ocasiones la causa eficiente de un hecho -delictuoso, especialmente, cuando la naturaleza de los hechos-que lo motivan entra en la esfera de las alteraciones produci-das por aquélla [ A.J., t. XIII, pág. 105 ]. Los enfermos men-tales son irresponsables penalmente por las acciones u omisio-nes que hubieren cometido, definidas por la ley como delitos;-pero quedan sujetos a las medidas de seguridad [ A.J., t. V., -pág. 344 ]. La responsabilidad de los sujetos que delinquen,-cuyo estado mental es anormal en forma permanente, se aprecia-en razón de su peligrosidad y desde el punto de vista social,-pero no para aplicarles una pena sino una medida de seguridad-al concluir el proceso, internándolos en manicomios o departa-mentos especiales por todo el tiempo que necesiten para su cu-ración [ A.J. t. XIX, pág. 853 ]. El hecho de que un delincuen-te sea un débil mental no es circunstancia excluyente de res-ponsabilidad, sino que sólo debe tomarse en cuenta para la eje-cución de la pena impuesta al acusado, conforme a las modalida-des establecidas por la ley para esta clase de delincuentes -- [S.J., t. XXXIV. pág. 918 ].

\* [ 191 ] Ningún precepto del c.c.p. rija -tales términos, por lamentable omisión del legislador. [ C. y -T. ]. V. nuestro Derecho Penitenciario, cárcel y penas en Méxi-co [ Editorial Porrúa, S.A., México, 1981 ]. [ C y R ].

[ 191a ] Texto vigente conforme al Decr. de dic. 30 de 1983 [ D. O. núm. 10, de enero 13 de 1984 ].

V. notas núm. 190a y 192 que en un elevado índice son precedentes. Yo pienso que la única autoridad que debe entregar al inimputable a quien legalmente corresponda - hacerse cargo de él, es la judicial. Se trata aquí de una medida en libertad. La autoridad ejecutora, en consecuencia, - no se debe sino ajustar a lo que disponga la autoridad judicial. Esto es lo que va de acuerdo, a mi juicio, con la disposición precedente del art. 67. No hay que olvidar que esa decisión forma parte de la medida en sí, o sea, ha de ser exclusiva de quien tiene la facultad de juzgar; medida que es desde luego de seguridad, en los términos del apartado 3 del art. 24. Además, la única autoridad que ha de calificar, a su entera satisfacción, las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del sujeto inimputable, así como la garantía de las mismas, es el juez; por lo que veo inadecuado que el legislador aluda, en este sentido, tanto a la autoridad judicial como a la ejecutora.

Ahora bien, en el segundo párrafo del artículo que se comenta se dispone que la autoridad ejecutora sea la que resuelva sobre la modificación o conclusión de la medida; de tal manera que estamos en presencia de algo así, toda proporción guardada, como de una sentencia indeterminada. -- Pero me parece que no es la autoridad ejecutora la que tiene facultades para resolver. La modificación o conclusión de la medida es algo que incumbe exclusivamente al juez, previa opinión sin duda de aquella autoridad ejecutora. Pero nada más. Y si cabe la posibilidad de que la medida sea indeterminada, es el juez al que corresponde calificarla.

¿ Por qué el legislador ya no se refiere, como era el caso del art. 68 derogado, a los procesados o condenados que enloquezcan ? Aunque mediante una interpretación-

extensiva cabe esta hipótesis en el nuevo tipo del art. 67, es preferible consignarla de manera clara y precisa; habida cuenta, en especial, de que los art. 495 a 499 del Código - Federal de Procedimientos Penales así lo disponen. [ C y R ]

ARTICULO 69.- [ DURACION DE LA MEDIDA - DE TRATAMIENTO ]. En ningún caso la medida de tratamiento-impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan -- conforme a las leyes aplicables. [ 192 ] [ 192a ].

\* [ 192 ] el Código Penal Veracruz [ art. 61 ] faculta al Ejecutivo del Estado, por medio del órgano - ejecutor de la sanción, y no al juez, para fijar la naturaleza y monto de la garantía; lo que nos parece más apropiado, - pues se trata de la ejecución de una sanción, por lo que no es el juez sino la autoridad ejecutora de las sanciones la - competente para resolver lo relativo a ella.

[ 192a ] Texto vigente conforme al Decr.- de dic. 30, de 1983 [ D.O. núm. 10 de enero 13, 1984 ].

En los términos del artículo que se comenta, in fine, me parece que el juez tiene por lo menos que -- opinar como dentro de nuestro sistema judicial no existe la-sentencia indeterminada, en la que el juez deja en manos de-la autoridad ejecutora la decisión final sobre aquella [ su-terminación o no ], creo que el juez se debe hallar siempre-presente en cualquier resolución que afecte el fondo mismo - de la sentencia, ya se trate de pena o medida de seguridad.- Y tal es el caso, aunque esté de por medio una medida de tra-tamiento [ la que fué impuesta por el juez penal ]. Fijémo-

nos en que la autoridad ejecutora lo que hace, en rigor, es ejecutar. Ya sé que tal ejecución no debe ser mecánica, pero en su flexibilidad o, mejor dicho, adecuación, la autoridad ejecutora nunca ha de rebasar las facultades que le corresponden. En tanto nuestro sistema siga como es, me parece que el juez, y sólo a él incumbe la facultad de manejar la sentencia y sus posibles consecuencias; ya que en la especie no se trata de la ejecución en sí sino de una modificación ad rem [ C y R ].

(191, 191a.) Código Penal. anotado R. Carrancá y Trujillo, R. Carrancá y Rivas, Ed. Porrúa S.A., 1985.

**EXTINCION DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES**

El Art. 118 bis creado o adicionado por el Artículo segundo del Decreto del día 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial del día 13 de enero de 1984 establece:

" Cuando el Inimputable sujeto a una medida de tratamiento se encontrare prófugo, y posteriormente fuera detenido, la ejecución de la medida de tratamiento se considerará extinguida si se acredita que las condiciones personales del sujeto no correspondan ya a las que hubieran dado origen a su imposición.

De acuerdo con el comentario del Maestro RAUL CARRANCA Y TRUJILLO en su página 287 dice:

[ 288a ] Texto vigente conforme al Decr. de -  
dic. 30, 1983 [ D.O. núm. 10 de ene. 13, 1984 ].

" De acuerdo, pero supongamos dos hipótesis -  
[ que a mi juicio son las dos únicas fundamentales ]: primera, -  
que el inimputable sujeto a una medida de tratamiento se encontraba prófugo, digamos, por su propia voluntad, o sea, porque él huyó; y segunda, que dicho inimputable se encontraba prófugo por que alguien, un tercero, lo ocultó o favoreció abiertamente su huida. En cuanto a la primera hipótesis me parece acertada la solución que da la ley. En cuanto a la segunda cabe preguntarse

qué responsabilidad se le debe exigir al tercero que ocultó al inimputable o favoreció abiertamente su huida; habida cuenta de que tal vez lo pueda amparar una excluyente. [C y R].

**1. PROCEDIMIENTO RELATIVO A LOS ENFERMOS MENTALES.**- De acuerdo con el tratamiento que debe dárseles a los inimputables, el Código Penal nos relata el procedimiento que debe dárseles a éstos, pues el Artículo 60. y demás relativos, establecen:

Nuestra Legislación nos remite al Código Federal de Procedimientos Penales, relacionado con las penas y medidas de seguridad que establece el Artículo 24 inciso 3o. - 68 y 69 del Código Penal.

De acuerdo con el Tratamiento para Enfermos Mentales el Artículo 495 y subsecuentes establecen:

**ARTICULO 495.-** Tan pronto como se sospeche que el inculpado esté loco, idiota, imbecil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, el tribunal lo mandará examinar por peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fundado, ordenará provisionalmente la reclusión del inculpado en manicomio o en departamento especial.

**ARTICULO 496.-** Inmediatamente que se compruebe que el inculpado está en alguno de los casos a que se refiere el Artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario, y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio, y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y la de estimar la personalidad de éste, sin -

necesidad de que el procedimiento que se empleé sea similar al judicial.

**ARTICULO 497.-** Si se comprueba la infracción a la ley penal y que en ella tuvo participación el inculpado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste del defensor y del representante legal, si los tuviere, el tribunal resolverá el caso, ordenando la reclusión-- en los términos de los artículos 24, inciso 3, 68 y 69 del Código Penal.

La resolución que se dicte será apelable en el efecto devolutivo.

**ARTICULO 498.-** Cuando en el curso del proceso el inculpado enloquezca, se suspenderá el procedimiento en los términos del artículo 468, fracción III, remitiéndose al loco al establecimiento adecuado para su tratamiento.

**ARTICULO 499.-** La vigilancia del recluso estará a cargo de la autoridad administrativa federal correspondiente.

**OPINION PERSONAL Y COMENTARIOS DEL SUS -  
TENTANTE EN EL PRESENTE TRABAJO DE LOS NUMERALES QUE CON ANTELA  
CION SE MENCIONAN.-**

En mi concepto, al inimputable no se le debe suspender el procedimiento y la autoridad debe y tiene la obligación de dictar sentencia en la que se establezca en primer lugar: si es o no penalmente responsable del hecho imputado,

En segundo lugar, la pena que se le impon-

dría en caso de haber actuado con plenitud de facultades.

En tercer lugar, ¿Cuál sería el tiempo de reclusión sujeto a tratamiento, o bien en libertad con la vigilancia respectiva para su rehabilitación ?.

Lo anterior, lo afirmo para de aplicar estrictamente los preceptos transcritos resultaría con mayor sanción un inimputable que alguien que actuó con plenitud de consciencia ya que al suspenderse un procedimiento ordinario, para seguir un especial, ha dado como resultado que los inimputables estén sujetos a reclusión por mayor tiempo de que se hubiera actuado intencionalmente.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La imputabilidad es un presupuesto general del delito y un presupuesto lógico del estudio de la culpabilidad.

SECUNDA.- El fundamento de la imputabilidad, se encuentra en la libertad relativa del hombre para elegir entre varias posibilidades de conducta.

TERCERA.- Relativa libertad humana, es fundamentalmente psicológica, y existe a pesar de su dependencia de las leyes de la naturaleza, dentro de las cuales el hombre vive no únicamente con arreglo a instintos, sino en atención a necesidades independientes de ellos y enraizadas en su naturaleza específicamente humana.

CUARTA.- Sólo puede estimarse imputable al hombre capaz de querer y entender su proceder delictuoso; únicamente puede ser declarado culpable el hombre que posea dicha capacidad.

QUINTA.- La libertad de elección de su conducta, que tuvo el procesado en el momento de delinquir, debe fundar el derecho de castigar por parte del Estado.

**SEXTA.** - El Código Penal para el Distrito Federal de 1931 que fué influido por la tendencia positiva del Código de 1929 señalaba bajo el rubro "son excluyentes de responsabilidad" lo que en verdad son: ausencia de conducta, causas de inimputabilidad, excusas absolutorias y - causas de justificación, institutos no correspondientes al rubro tan restringido.

**SEPTIMA.** - En mi concepto la excluyente de responsabilidad de la fracción II del Artículo 15 ya reformada que entró en vigor el 13 de enero de 1984 ya reformada, limita el arbitrio del juez al aplicar, al hecho de que es indispensable que la falta de consciencia del sujeto activo sea de carácter patológico, pues de otra forma, no se le acepta la falta de consciencia derivada de un trastorno momentáneo.

**OCTAVA.** - Al no existir instituciones ni establecimientos adecuados para los inimputables debe exigirse a las autoridades ejecutoras atención especial de estas personas, pues en los reclusorios no hay privación de la libertad y vigilancia estrecha cuando se les deja en libertad para poder seguir la rehabilitación de estos sujetos.

**NOVENA.** - En virtud de que la legislación autoriza a la autoridad ejecutora para modificar la reclusión, debe legislarse en el sentido de que concordantemente con la autoridad judicial, sea la que determine si puede o no modificarse la pena para evitar sentencias indeterminadas.

**DICIMA.** - La reclusión del inimputable no debe de exceder del término que corresponda como sanción al hecho que se le imputa, pues de lo contrario más que atenuante - su situación patológica o psíquica sería agravante, lo cual no podemos aceptar desde el punto de vista jurídico y axiológico.

**ONCEAVA.** - Al inimputable que cambie su situación personal durante el tiempo que estuvo prófugo no le -

benefician las medidas de tratamiento se extinguen,

**DOCEAVA.-** La legislación debe adecuarse para que el inimputable reciba tratamiento adecuado y no sufra privación de su libertad por mayor tiempo de quien actuó conscientemente y en plenitud de sus facultades,

## BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO I

1. Ignacio Villalobos " La Crisis del Derecho Penal en México ", página 57, Editorial " Jus ", México, 1948.
2. Fernando Castellanos Tena: " Lineamientos elementales de Derecho Penal ", Cap. XIII página 119, " Editorial Jurídica Mexicana ", México, 1959.
3. Fernando Castellanos Tena: " Lineamientos elementales de Derecho Penal " página 120, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.
4. Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito ", página 136, número 136, Editorial " Andrés Bello ", Caracas, Venezuela, 1945.
5. Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito " - página 202, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.
6. Francesco Carrara: " Programa del Curso de Derecho Criminal ", capítulo II, página 41, número 21, Editorial " De Palma ", Tomo-I, Buenos Aires, 1944.
7. Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito " - página 207, Buenos Aires, 1959.
8. Luis Jiménez de Asúa: Cfr. " La Ley y el Delito " - página 207, Buenos Aires, 1959.
9. Eugenio Cuello Calón: " Derecho Penal ", capítulo XVIII, página 257, 9a. Edición, Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1953.
10. Julio Jiménez Huerta: Cfr. " Apuntes del ler. -- Curso de Derecho Penal ", edición escolar, México, 1956.
11. Celestino Porte Petit: Cfr. " Importancia de la Dogmática jurídico penal ", página 30, 1954, México.

## BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO II.

1. Cfr. Programa Párrafo 21.
2. Cfr. Tratado de Derecho Penal. Tomo II No. 957.  
pág. 40.
3. Criminología. Capítulo I.
4. Cfr. Diritto Penale. Pág. 128, Palermo, 1945.
5. Cfr. Manuale di Diritto Penale. Pág. 144, 3a. Edic.,  
1955.
6. Cfr. Manuale di Diritto Penale. Pág. 144, 3a. Edic.,  
1955.
7. Apuntes de la Parte Gral. del Der. Penal. Pág. 121, -  
México, 1960
8. Principios de Der. Penal Español. V.I. Pág. 409, Vulla  
dolid, 1943.
9. Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 256, Ed. A. Bello, Cara-  
cas, 1945.
10. Cfr. Derecho Penal T.I. Pág. 236, 8a. Edic. Barcelona.
11. Cfr. Tratado de Derecho Penal. T.II. Pág. 254, Madrid,  
1927.
12. Cfr. Tratado de Derecho Penal. T. I. Pág. 156, Madrid,  
1955.
13. Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 259. A. Bello, Caracas,--  
1945.
14. Cfr. Panorama del Delito. Pág. 7 y sigs. México, 1950.
2. Cfr. Apuntes de la Parte Gral. del Der. Penal. Pág. --  
153 sigs., México, 1960.

3. La tipicidad. Pág. 42 y 207. Ed. Porrúa 1955.
4. Derecho Penal Mexicano. Pág. 249, 2a. Ed. Porrúa, 1960.
5. Programa de la Parte General del Derecho Penal. - Pág. 285 México, 1958.
6. Cfr. Derecho Penal Mexicano. T. I. Pág. 223. 6a. - Ed. 1962.
8. Cfr. Culpabilidad y error. Pág. 23, México 1950. -
9. Cfr. Derecho Penal Mexicano. Pág. 272, 2a. Ed. Porrúa, 1960.
10. Cfr. Lineamientos Elementales de Der. Penal. Pág.- 315, 5a. Ed., 1969.
11. Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 444, Caracas, 1945.
12. Cfr. Culpabilidad y error. Pág. 23, México, 1950.
13. Cfr. Derecho Penal Argentino. T. II. Pág. 13, TEA 1953.
13. Cfr. Derecho Penal Parte Gral. Pág. 142, Madrid,-
14. Cfr. Lineamientos Elementales de Der. Penal Pág.- 325, 5a. Ed., 1969.
15. Cfr. La Ley y el Delito. Pág. 459, Caracas, 1945.
16. Tratado de Derecho Penal. T. II. Pág. 171, Madrid, 1949.
17. Lineamientos Elementales de Der. Penal. Pág. 334,- 5a. Ed., 1969.
18. Cfr. La Punibilidad y su ausencia, Rev. Criminalia. Pág. 411, No. 6. Junio 1960.

19. Cfr. Tratado de Der. Penal. T. II. Págs. 5 y 57.  
Ediar, 1948.

20. Derecho Penal Italiano. V.I. Pág. 7, Depalma, --  
1949.

### BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO III.

1 . Rafael Preciado Hernández: Cfr. " Lecciones de Fi  
losofía del Derecho, " página 207, Editorial Jus, México, 1952.

2 . Fernando Lasalle: Cfr. " Qué es una Constitución ",  
conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana en abril de 1862, pági -  
nas 55 a 62; Ediciones " Siglo XX ", Buenos Aires, junio de 1946.

3 . Rafael Preciado Hernández: Cfr. " Lecciones de Filo  
sofía del Derecho " páginas 207 a 215, Editorial Jus, México, 1962.

4 . Raúl Carrancá y Trujillo: Cfr. " Derecho Penal Mexi -  
cano ", parte general, página 123, Editorial Robredo, México, D. F., 1941.

5 . Hugo Grotius: Cfr. " Del Derecho de la guerra y de -  
la paz ", página 57, Edición sin fecha, París.

6 . César Beccaria: " Tratado de los delitos y de las pe -  
nas ", páginas 12, 13 y 45. Nueva traducción de la imprentade Albán, Madrid, --  
1822.

7 . Eusebio Gómez: " Tratado del Derecho Penal " tomo I,  
páginas 60 y 61, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

8 . Francesco Carrara: " Programa del Curso de Derecho -  
Criminal ", Tomo I, página 41, número 21, Editorial " De Palma, Buenos Aires, -  
1944.

9 . Raúl Carrancá y Trujillo: Cfr. " Derecho Penal Mexi -  
cano ", páginas 127 y 129; parte general, Editorial Robredo, México, 1941.

10. Eugenio Cuello Calón: " Derecho Penal " ( conforme -  
al Código Penal, texto refundido de 1944 ), tomo I, cap. XVIII, página 48, Edi-

tora Nacional, S.A., México 1953.

11. Ignacio Villalobos: Cfr. " La Crisis del Derecho Penal en México ", página 61, Editorial Jus,

12. Enrique Ferri: " Sociología Criminale ", página-137 y 202, Fratelli Boca, Terza edizione, Torino 1892, Italia.

13. Rafael Garófalo: " Criminología " páginas 65 a -114, Fratelli Boca Editori; Torino, Italia, 1891.

14. Erich Fromm: Cfr. " Psicoanálisis de la Sociedad contemporánea " ( Hacia una sociedad sana ) páginas 26 a 30; " Fondo de Cultura Económica ", Biblioteca de Psicología y Psicoanálisis; México-Buenos Aires, 1956.

15. Viktor Emil Frankl: Cfr. " Psicoanálisis y Existencialismo ". Fondo de Cultura Económica, México.

16. Fernando Castellanos Tena: Cfr. " Lineamientos elementales de Derecho Penal", páginas 61 y siguientes, " Editorial Jurídica Mexicana ", México, 1959.

#### BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO IV.

1. Francesco Carrara: " Programa del curso de Derecho Criminol ", tomo I página 34, número B, Editorial de Palma, Buenos Aires, ---1944.

2. Max Ernesto Mayer: Cfr. citado por Fernando Castellanos Tena: " Lineamientos elementales de Derecho Penal ", página 220, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

3. Fernando Castellanos Tena: " Lineamientos elementales de Derecho Penal " páginas 220 a 221, Editorial Jurídica Mexicana, México. 1959.

4. Luis Jiménez de Asúa: " La Ley y el Delito " página 326, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.

5. Luis Jiménez de Asúa: " La Ley y el Delito " página 328, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.

6. Luis Recasens Siches: " Vida humana, sociedad y Derecho ", página 74, 3a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1952.
7. Luis Recasens Siches: " Vida humana, sociedad - y derecho " ( Fundamentos de la Filosofía del Derecho " ( Fundamentos de - la Filosofía del Derecho ) 3a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1952.
8. Luis Recasens Siches: Cfr. " Vida humana, sociedad derecho " ( Fundamentos de la Filosofía ) 3a. Edición Editorial Porrúa, página 59, México, 1952.
9. Max Ernesto Mayer: Cfr. citado por Fernando Castellanos Tena: " Lineamientos elementales de Derecho Penal " página 220, -- Editorial Jurídica Mexicana 1959.
10. Rene Descartes: Cfr. " El discurso del método páginas 7 a 20, traducción, prólogo y notas de Manuel García Morents, Editorial Espasa Calpe-Argentina 1937.
11. J. G. Frazer: Cfr. " Encyclopedia Britanica " : taboo, tomo XXIII página 20
12. Enrique Ferri: Cfr. " Sociología Criminal " Vol II, página 64 y siguientes.
13. 43 y 44 Pessina: Cfr. " Derecho Penal Germánico " tomo I páginas 439 a 447.
14. W. Goetz: Historia Universal " Espasa Calpe, tomo I página 642.
15. Pessina: " Derecho Penal Germánico " Cfr. páginas 450 y siguientes.
17. M. Goetz: " Historia Universal " Cfr. Espasa Calpe Tomo I, página 643 1 sigs.

18. Platón: Cfr. " La república ", " Las leyes " y Gorgias " Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1922;- Aristóteles: Cfr. " Etica a Nicómaco " y " La Política " Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1922.

19. Momsen: " Derecho Penal Romano " tomo I, página II.

20. " Derecho Penal Romano " tomo II página 92 y si guientes.

21. Sebastián Soler: " Derecho Penal Argentino ", - páginas 60 y 61, Buenos Aires, 1953.

22. Sebastián Soler: " Derecho Penal Argentino ", - páginas 63, 69 y sigs., Buenos Aires, 1953.

23. Francesco Carrara: Cfr. " Programa del Curso de Derecho Criminal ", parte general Vol. I, Cap. I No. 4, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944.

24. Francesco Carrara: " Programa del curso de Derecho Criminal " Vol. I, cap. I., No. 8, Editorial De Palma, Buenos Aires, -- 1944.

25. Luis Jiménez de Asúa: " La Ley y el Delito ", -- página 326, Editorial Hermes, México-Buenos Aires, 1959.

26. Saleilles: " La individualización de la pena ", - cap. VI, páginas 139 a 141 París, 1898.

27. Maxwell: " Le crime et la société", páginas 80 y - 81, París, 1909.

28. Boletín de Criminología y ciencias afines: exposición de motivos del Nuevo Código Penal Italiano Tomo II, página 112 (escrito por Rafael Garófalo ).

29. Eusebio Gómez: Cfr. " Tratado de Derecho Penal " tomo I No. 144, página 278, Buenos Aires, 1939.

30. Cfr. Enrique Ferri: " Sociología Criminal " páginas 365 a 398, Fratelli Boca, terza edizione, Torino Italia, 1892.

31. Eusebio Gómez: " Tratado de Derecho Penal ", tomo I, página 274, Buenos Aires, 1939.

32. Francisco Carrara: Programa del Curso de Derecho Criminal Cap. I. No. 1 Llamada No. 2, Buenos Aires, 1944.

33. Celestino Porte Petit: " Apuntes de la parte general de Derecho Penal ", tomo I, página 16 México, 1959.

#### BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO V.

1. 34. Filippo Crispigni: Cfr. " Derecho Penal Italiano " Vol. I páginas 6 a 19, Editorial De Palma Buenos Aires, 1948.

2. Ceniceros y Garrido: " La Ley Penal mexicana ", Ediciones Botas, México, 1934, Imp. Manuel León Sánchez.

3. Ignacio Villalobos: " Dinámica del delito ", página 1200, Editorial Jus, México, 1955.

4. Max Ernesto Mayer: Cfr. citado por Fernando Castellanos Tena: " Lineamientos elementales de Derecho Penal " página 220, - Editorial Jurídica Mexicana, 1959.

5. Ignacio Villalobos: " Dinámica del delito ", página 121. Editorial Jus, México, 1955.

6. Dr. José Sanchis Banús: Iniciativa de reforma propuesta a la Comisión redactora del nuevo artículo 80. del Código Penal español, reformado el 27 de octubre de 1932.

**BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO VI.**

**1. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.-**

Francisco Pavón Vasconcelos, Editorial Porrúa S.A., primera edición.

**2. Código Penal anotado, R. Carrancá**

y Trujillo, R. Carrancá y Rivas. Editorial Porrúa S.A., 1985.