



2
2ej 300609

UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

**LA INTENCION DELICTUOSA EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ARTURO ALCOCER OTERO**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

"LA INTENCION DELICTUOSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO"

CAPITULO PRIMERO.

" EL DELITO "	
CONCEPTOS GENERALES.....	1

CAPITULO SEGUNDO.

I.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO.....	7
a) Acción, conducta o hecho.....	11
b) Tipicidad.....	16
c) Culpabilidad.....	17
d) Antijuricidad.....	22
II.- OTROS ELEMENTOS.	
a) Punibilidad.....	25
b) Imputabilidad.....	27

CAPITULO TERCERO.

" EL DOLO ".....	29
a) Definición de Dolo.....	34
b) Teorías de los Elementos Esenciales.....	40
c) Elementos del Dolo.....	56

CAPITULO CUARTO.

" LA CULPABILIDAD "	
a) Fundamento de la Culpabilidad.....	69
b) Doctrinas sobre su naturaleza jurídica.....	70
c) Inculpabilidad (ausencia de culpabilidad)....	73
d) Formas de la culpabilidad.....	75

CAPITULO QUINTO

"LA INTENCION DELICTUOSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO"	
a) El artículo 133 Constitucional, los Tratados Internacionales y el Código Penal.....	78
b) Adhesión de México al Tratado Internacional "La Declaración Universal de Derechos Humanos" y "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".....	86
c) La Intención Delictuosa en el Derecho Positivo Mexicano.....	103

CAPITULO SEXTO.

CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFIA.....	111

CAPITULO PRIMERO

" EL DELITO "

CONCEPTOS GENERALES

Lo complejo y a la vez tan consuetudinario que es, ha sido y será el fenómeno delictivo, ha hecho que muchas personas de muchos tiempos se hayan puesto a estudiar este fenómeno, bajo diversos puntos de vista.

Empezaremos como es costumbre, por revisar su sentido etimológico, y así tenemos que el vocablo "delito", proviene de la raíz latina "delinquere", que significa abandonar, en un sentido amplio, es apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley. (1)

Carranca y Trujillo al respecto, cita y señala:

"Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito: es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la Ley; es una disonancia armónica; es la infracción a la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carranca); es la violación de un derecho (Frank); es la violación de un derecho o un deber (Tarde); es, no solamente la oposición de la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición del deber (Mundt, Wulffen); es, desde el ángulo de vista histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de una pena, en determinado momento histórico, todo acto que ofende gravemente al orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (Jose Maggiore). (2)

1.- Cfr. Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. IIA. Edición. Edit. Porrúa. México 1977. Pag. 125.

2.- Dr. Raul Carranca y Rivas. Derecho Penal Mexicano. 13a. Edición. Edit. Porrúa. México 1980. Pag. 210.

Expondremos ahora algunas de las ideas del delito que se tenían en la Escuela Clásica. Francisco Carrara, tal vez el máximo exponente de esta corriente, señala que 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 negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".(3)

La anterior definición, tiene varios comentarios, algunos en favor y otros en contra. Apuntaremos que Luis Carlos Perez, dice que "El texto de la definición Carrariana, demuestra por sí sola la carencia de nociones exclusivamente jurídicas; es finalista, porque indica cual es el objeto de la Ley (proteger la seguridad de los ciudadanos); es psicológica, porque funda el delito en la imputabilidad moral; y es política, porque destaca el elemento "daño sufrido" por todos los asociados, aunque solo sea en su tranquilidad".(4)

Por el contrario, Eusebio Gomez señala que "De todas las definiciones de delito, estrictamente jurídicas, ninguna mas clara, mas comprensiva y perfecta, desde el punto de vista en que su autor se coloca, que la de Francisco Carrara".(5)

Con el advenimiento del Positivismo, se pretendió y se hizo, un cambio sustancial en el concepto del delito; se vió en él, ya no el ultraje a la Ley, sino un hecho natural resultante de factores externos al deseo de los hombres, esto es, el Positivismo trataba de demostrar que, el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas o de fenómenos sociológicos.

Para esta corriente, para los positivistas, el delito es el resultado fatal de diferentes factores que inducen al individuo a conducirse en un determinado sentido, negando que el delito, como ya se apuntó, sea consecuencia de un acto de voluntad; afirman que el individuo y su conducta,

3.- Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pags. 125 y 126.

4.- Manual de Derecho Penal. Porrúa México. 1977. Pag. 121.

5.- Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Edit. Cia. Argentina de Editores. Buenos Aires. 1939. Pag. 380.

están predeterminados, siendo la responsabilidad del hombre de naturaleza social y no de tipo moral, como lo afirma la Escuela Clásica.

Con este razonamiento, Rafael Garofalo, uno de los máximos exponentes de la Escuela Positivista, elaboro la noción del delito natural, mejor conocida como noción sociológica, la cual expresa que "El delito es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".(6)

El maestro Villalobos, está en desacuerdo con esta definición, pues dice que "de haber unas definiciones sociológicas del delito, no serían nociones inducidas de la naturaleza y que tendieran a definir el delito como hecho natural, que no lo es, sino concepto básico anterior a los códigos, que el hombre adopta, para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales".(7)

Si bien es verdad que la actividad humana es un hecho natural, puesto que en la naturaleza esta incluido lo psicológico, el delito como tal, es ya una clasificación de los actos, hechas por especiales estimaciones jurídicas.

La esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas según determinados criterios de utilidad social, de justicia, del altruismo del orden, de disciplina, de necesidad, etc., por lo tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino buscar y precisar esas normas de valoración, y los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa.

Como lo hace notar Ignacio Villalobos, a cuyos conceptos nos adherimos, la definición de Garofalo, se refiere mas bien al resultado del ilícito penal dentro de la

6.- Fernando Castellanos. Op. Cit. Pag. 121.

7.- Derecho Penal Mexicano. 2a Edición. Edit. Porrúa. Mexico. 1960. Pag. 199.

colectividad humana, y no a su esencia misma. A lo que concluimos que, el delito depende de la voluntad del individuo, del querer del hombre para realizarlo, y jamás será el resultado de los diferentes factores o fuerzas circundantes, ya que pensamos que el sujeto tiene libertad, libre albedrío para distinguir entre el bien y el mal y para realizar un acto y abstenerse de llevarlo a cabo; con esto, de ninguna manera negamos que el comportamiento humano se vea influido por factores físicos, biológicos, psíquicos, etc., pero tales energías no obran en seres inanimados, sino a través de una inteligencia, una voluntad y que ambas habrán de ser libres.

Debemos por último, después de haber revisado muy superficialmente a las Escuelas Clásica y Positivista, de analizar la noción jurídica del delito en su aspecto formal y substancial.

"Esta noción jurídica del ilícito penal, debe ser una fórmula simple y concisa, que contenga tanto lo material, como lo formal, para poder entender el desarrollo analítico de cada uno de sus elementos". (8)

Para Carmignani, "Exteriormente el delito es el acto humano sancionado por la Ley; noción insuficiente porque no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo, sino a las formales". (9) De esta forma la noción jurídica formal, solo tiene como punto de vista la sanción que caracteriza al delito. Esta noción es para una gran mayoría de autores, precisamente la que la Ley da, mediante la penalidad impuesta al darse o dejarse de hacer una conducta o acto.

"De aquí las definiciones de delito lo señalan como hecho culpable del hombre, contrario a la legislación y por lo tanto a la Ley y además con una amenaza de pena; o como la acción típicamente antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción punitiva, que llena las condiciones objetivas de penalidad y culpabilidad; o como un acontecimiento típico, antijurídico, imputable". (10)

8.- Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pag. 124.

9.- Raul Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1980. Pag. 212.

10.- Ídem. Pag. 213.

Para Edmundo Mezger el delito es una acción punible, esto es, "el conjunto de presupuestos de la pena".(11)

Nosotros consideramos que nuestro Código Penal, al igual que el jurista mencionado, sigue una noción jurídica formal, del concepto del delito, al establecer en su artículo 7, que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Este tipo de concepto no determina con precisión al delito con resultado de castigo o pena; no suministra de manera clara y precisa lo que es el delito, ya que existen delitos que sin estar sancionados por una pena, conservan su carácter, como ocurre cuando intervienen en el hecho las llamadas excusas absolutorias, en donde no es posible la aplicación e imposición de penas, y sin embargo, el delito sigue existiendo.

Ahora estudiaremos la noción jurídica substancial, en donde ya no se concibe al delito en su carácter externo, es decir, el concepto de esta corriente, penetra en la naturaleza, en el contenido mismo del delito.

Es conveniente anotar que dentro de esta noción, existen dos sistemas principales; uno, el unitario, que establece que el delito no es divisible para un estudio, o sea que, para ellos, el delito existe como un todo, aun a pesar de las diversidades de partes que la integran, o sea que su verdadera esencia no está en sus partes, sino en su todo, como unidad intrínseca; y el otro sistema es el analítico, conocido también como la corriente de los atomizadores, quienes estudian el delito, sin existir una uniformidad de criterios, naciendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, según que en ellas se hagan intervenir dos, tres, cuatro, cinco, etc., elementos para la configuración del delito.

Así por ejemplo, el jurista Cuello Calón, nos indica una definición pentatómica al establecer que el delito es "acción, antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena".(12)

11.- Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pág. 120.
12.- Cuello Calón. Derecho Penal. 9a. Edición. México 1976. Pág. 257.

En cambio Edmundo Mezger, nos ofrece una definición tetratómica al decir que: "El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". (13)

El maestro Carranca y Trujillo, nos da una definición aún mas completa de las mencionadas, ya que para él, los elementos del delito son siete, es decir, presupone la concepción heptatómica al apuntar que "Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable, típica, por ello es punible según ciertas condiciones objetivas, o sea que está conminada con las amenazas de una pena.

Acción porque es un acto u omisión humana; antijurídica porque no ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita, típica, porque la Ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe de corresponder subjetivamente a una persona". (14)

A través de estas exposiciones consideramos que, el método analítico, es el único eficaz para proporcionar un mejor conocimiento del ilícito penal.

No desconocemos naturalmente, que el delito es un todo indisoluble, mas ello no impide que, sin perder de vista su necesaria unidad, hagamos el estudio de cada uno de sus elementos o partes que lo integran.

-
- 13.-Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pag. 129.
14.- Raul Carranca y Trujillo. Op. Cit. Pag. 213.

CAPITULO SEGUNDO

I.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO.

Una vez que hemos dejado asentado en el capítulo anterior, que no existe uniformidad de criterio, en cuanto a los elementos que configuran al ilícito penal, cabe solo apuntar que Carlos Binding, jurista alemán, proporcionó las bases de la concepción dogmática del delito, quien lo define como "El acto antijurídico culpable que tiene como consecuencia la imposición de una pena".(1)

De esta definición se desprende que el delito se integra por tres elementos: acto, antijuricidad y culpabilidad, toda vez que en la punibilidad es solo la resultante de ilícito penal, como posteriormente lo veremos.

Nosotros consideramos que no todos los elementos a los que hemos aludido son indispensables para la existencia del delito.

Podríamos señalar que en nuestro particular concepto, únicamente constituyen la esencia del delito, la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad, en virtud de que reconocemos que solo serán elementos esenciales de un todo, aquellas partes cuya presencia es condición indispensable para su existencia.

Por ello la imputabilidad, no se constituye como un elemento esencial del delito, pues se traduce en la calidad del sujeto, en el mínimo de salud y desarrollo mentales del autor, que lo capacita para obrar en el campo penal.

1.- Citado por Amor Villalpando. Teoría de Abandono de Incapaces. Editorial Jus. Mexico. 1959. Pag. 57.

La capacidad del sujeto no puede formar parte del delito, es tan solo un presupuesto de la culpabilidad.

Siguiendo el pensamiento de jurista mencionado, concluimos que las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco son indispensables para la configuración del delito, puesto que surgen con posterioridad a la ejecución del mismo, es decir, son circunstancias ocasionales o fortuitas, que no siempre acompañan al delito, y esto es más que suficiente para señalar que no se trata de partes esenciales, ya que sería bastante que no fueran necesarias en un solo caso, para concluir que no son esenciales para la existencia del fenómeno jurídico que nos ocupa.

De la misma manera podemos concluir que la punibilidad, tampoco es elemento esencial, ya que la pena no es sino una consecuencia del delito, es decir, solo es la reacción del poder público (estado), frente a él.

El maestro Carranca y Trujillo apunta que: "El análisis jurídico de los elementos del delito fue hecho con insuperable precisión para su tiempo por Carrara, en su obra "Teoría de las Fuerzas del Delito", o sea de los elementos de que resulta el conflicto entre el hecho y la Ley del Estado.

El delito es para Carrara, concurso de dos fuerzas: la moral y la física, las dos fuerzas que la naturaleza ha dado al hombre y cuyo dominio constituye su personalidad.

La fuerza moral consiste subjetivamente en la voluntad e inteligencia del hombre que obra: es interna o activa.

La fuerza física consiste objetivamente en el movimiento del cuerpo: es externa o pasiva.

Ambas causan el daño material del delito. Como las dos fuerzas, la moral y la física no se encuentran siempre completas, de aquí los grados del delito, que son:

"Todo lo que falta en la intención o en la ejecución".(2)

Para el maestro Porte Petit, dogmáticamente el delito es una "conducta típica, imputable, antijurídica, culpable que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible".(3) Y continúa el maestro estableciendo que "...tan pronto se realiza una acción u omisión, es típica en tanto hay alguna adecuación a algunos de los tipos que describe el Código Penal, y es presuntivamente antijurídico en tanto dicha conducta no está amparada o protegida por una causa de justificación de las que recoge el artículo 15 en sus respectivas fracciones: "Artículo 15; fracción I: excluyentes de fuerzas físicas irresistibles; II: excluyentes de estados específicos de inocencia; fracción III: excluyentes de legítima defensa; fracción IV: excluyentes de estado de necesidad, tratándose de bienes de diferentes jerarquías; fracción V: excluyente de deber o ejercicio legal; fracción VI: excluyente de circunstancias especiales que se ignoraban; fracción VII: excluyente de obediencia jerárquica; fracción VIII: excluyente por dejar de hacer, con impedimento legítimo; fracción IX: excluyente por ocultar al responsable, si este es afín; fracción X: excluyentes de casos fortuitos; fracción XI: excluyente por error invencible".

Es imputable al no concurrir la "excepción regla", de no capacidad de obrar en derecho penal, contenida en la fracción II del citado artículo 15, o sea que no concorra una causa de inimputabilidad..."

"... A mi juicio dogmáticamente, descubrimos en la Ley una incongruencia, pues de un lado establece en el artículo 8 la culpabilidad como elemento del delito, y del otro en el artículo 68, al declarar la responsabilidad de los enfermos mentales en quienes falta la imputabilidad, presupuesto de la culpabilidad, acepta de que existe delito sin estas. Será la conducta culpable, atento a lo previsto por los artículos 8 y 9 fracción II del Código Penal (no intencionales o imprudenciales; que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito), en cuanto no surja una causa que destruya la culpabilidad; y por

2.- Carranca y Trujillo. Op. Cit. Pág. 235.

3.- Porte Petit Celestino. Edic. Mimeografica de la UNAM. 1954. Pag. 30. "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal".

Último será la conducta punible si no existe alguna de las excusas absolutorias a las que alude la propia Ley. Vemos pues, que el concepto de delito conforme nuestro ordenamiento jurídico, es el de una conducta, típica, antijurídica, imputable, con la salvedad que después haremos; culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible, que corresponde a una concepción heptadómica, dándose igualmente, los aspectos negativos de esta definición...".(4)

En conclusión nos adherimos al pensamiento del maestro Fernando Castellanos, en cuanto a que solo son cuatro los elementos constitutivos de la esencia del delito, a saber "conducta (o hecho), tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, más esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario".(5)

-
- 4.- Forte Petit Celestino. "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal". Op. Cit. Pag. 30 y 31.
 - 5.- Fernando Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. Mexico. 1977. Pag. 132.

a) ACCION, CONDUCTA O HECHO.

Los autores y tratadistas no se han puesto de acuerdo para dar una acepción única al elemento objetivo del delito; lo han designado con diversas denominaciones, como acción, acto, conducta, actividad, hecho, etc.

Algunos tratadistas hablan de acción en sentido amplio, comprensiva del hacer positivo y del negativo, otros en cambio, prefieren el término acto, también con una significación genérica, en donde puede incluirse el acto en el sentido estricto y la omisión.

Entre los autores mexicanos, el penalista Castellanos Tena, califica al comportamiento humano como conducta y nos indica que "dentro de él se puede incluir correctamente, tanto el hecho positivo, como el negativo".(6)

El maestro Carranca Trujillo, manifiesta que: "Lo primero para que el delito exista, es que se produzca una conducta humana. La conducta, es así, el elemento básico del delito consistente en un hecho material exterior, positivo o negativo, producido por el hombre; si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. En cambio, si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también le causará un resultado".(7)

Contra esta concepción, surge la del maestro Celestino Porte Petit, quien denomina al elemento objetivo del delito, con los vocablos conducta y hecho, y expresa que

6.- Fernando Castellanos. Op. Cit. Pág. 147.

7.- Raul Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 12a. Edición. Edit. Porrúa. México 1977. Pág. 235.

la conducta por sí misma puede constituir el elemento objetivo del delito, solo cuando el tipo describe una mera actividad o inacción. En cambio, para él, la palabra hecho, abarca aquellas hipótesis en las que el tipo correspondiente exige no solo una conducta, sino también un resultado.

El mencionado profesor mexicano llama pues hecho, al elemento objetivo, si el tipo precisa de una mutación en el mundo exterior, abarcando la conducta, el resultado y el nexo de causalidad".(8)

En consecuencia, según el criterio anotado, el elemento objetivo del ilícito penal, queda constituido en ocasiones por un hecho, mientras que otras veces por una conducta, según el tipo correspondiente exija un resultado material o que se refiere de modo exclusivo, al actuar o la abstención, con independencia de tal consecuencia.

Por nuestra parte, siguiendo el criterio de dicho autor, creemos que no solo la conducta, como otros expresan, sino también el hecho, constituye el elemento objetivo del delito, según la descripción típica relativa.

Castellanos Tena, contrariamente a nuestro punto de vista, sostiene que: "...toda conducta por realizarse en el escenario del mundo constituye un hecho. No se opone a que se utilicen los vocablos conducta o hecho, pero siempre y cuando se señalen sus alcances, pues, como se ha expresado, considera que una conducta humana se realiza, de modo necesario en el mundo, y que, desde esa referencia, constituirá siempre un hecho, porque por un hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente del actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el mundo, es necesariamente un hecho".(9)

8.- Porte Petit Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal. 1959. Pag. 182. Edición Mimeográfica.
9.- Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pag. 148

Para dar un concepto de conducta, es necesario tomar en consideración tanto la acción como la omisión del individuo, en otros términos al hacer positivo y el no hacer o inactividad, así se desprende que la conducta consiste en un hacer o en una abstención, de donde concluimos que el único sujeto de la conducta es el hombre, su acto u omisión dependen de su voluntad.

En consecuencia, el elemento objetivo aparece en diversas formas: de acción, de omisión y comisión por omisión.

La acción es una ejecución o actividad voluntaria desplegada por el agente; hay concepción y decisión de hacer, es decir, en una actividad positiva voluntaria.

En tanto que la omisión y la comisión por omisión, se sujetan a una inactividad voluntaria y no voluntaria (delitos de olvido), existiendo una distinción entre estas últimas, ya que en la omisión se quebranta una obligación jurídica de obrar y en la comisión por omisión, se infringen dos deberes: uno de actuar y otro de abstenerse de hacerlo.

Acercas de los elementos que constituyen el aspecto positivo de la conducta, o sea la acción, los autores difieren en determinarlos.

Así por ejemplo, Ignacio Villalobos, nos dice que los elementos son tres: "...una voluntad, una realización externa y un resultado".(10)

Para Fernando Castellanos, "... la acción stricto sensu, es todo hecho voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro, dicha modificación".(11)

10.- Derecho Penal Mexicano. Pag. 225. Edit. Porrúa. México. 1960.

11.- Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional. México, 1976. Pag. 294.

Para Cuello Calón en cambio, "... la acción en amplio sentido comprende: A) la conducta activa; B) el hacer positivo; C) la acción en estricto sentido; D) la acción pasiva; E) la omisión, y sigue diciendo, que la acción como hacer positivo activo exige: I) un acto de voluntad; II) una actividad corporal consistente en la modificación del mundo exterior, o en el peligro de que se produzca". (12)

Luis Jiménez Azua, señala que: "... está compuesto por tres elementos: A) manifestación de voluntad; B) resultado; y C) relación de causalidad". (13)

La voluntad en la conducta está basada en la resolución tomada por el individuo, pero no solo debe estar tomada en estricto sentido, como acto concreto de voluntad, como impulso voluntario, ya que de ser así, quedarían fuera todos aquellos actos habituales, que muchas veces constituyen las bases del delito, por ejemplo, el fumador, que por hábito tira el cerillo encendido cerca de materiales inflamables, hasta que por fin causa un incendio, que necesariamente se le imputara por su conducta.

La manifestación de voluntad, segundo elemento, consiste en la acción o en la omisión por parte del individuo, y la acción se traduce en el hacer del sujeto, la omisión en la abstención.

En cuanto al tercer elemento, o sea, el resultado, es la modificación del mundo exterior, material o formalmente.

Hablando de la omisión, el tratadista Sebastián Soler, dice: "... el delincuente puede violar la Ley sin que uno solo de sus músculos se contraiga, por medio de la omisión, y ello ocurre en dos formas: A) simple omisión y

12.- Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional. México. 1976. Pág. 294.

13.- Luis Jiménez de Azua. La Ley y el delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1970. Pág. 214.

B) comisión por omisión". (14)

Fernando Castellanos, señala, que la omisión "...radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; es dejar de hacer lo que se debe de ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción..." "En los delitos de acción, se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva, y en los de omisión, una dispositiva". Y sigue diciendo "...que en cuanto a los elementos de la omisión, estos son: a) voluntad (también en los delitos de olvido, pues como se aprecia el factor volitivo); y b) inactividad. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de ejecutar el acto, a cuya realización estaba obligado". (15)

La comisión por omisión requiere de un resultado material, es decir, de un cambio en el mundo exterior o de relación, además del jurídico o formal. Asimismo, se violan dos clases de normas, una preceptiva y otra prohibitiva; existen dos deberes violados, uno de actuar y otro de abstenerse. Sin la existencia de cualquiera de las dos normas jamás se podrá tipificar el delito de comisión por omisión.

Referente a los elementos configurantes de los delitos de comisión por omisión, los señala el maestro Parte Petit, quien estima que la comisión por omisión, necesita de un no hacer voluntario o no voluntario (delitos de olvido); de una inactividad (acción esperada y exigida) y finalmente deber de obrar y deber jurídico de abstenerse". (16)

14.- Derecho Penal Argentino. T.I. Pag. 336. Tea. 1953.

15.- Op. Cit. Pags. 152 y 155.

16.- Programa de la Parte General del Derecho Penal. UNAM. México. 1958. Pag. 175.

b) TIPICIDAD.

Es unánime el pensamiento de los estudiosos del Derecho, en el sentido de que la tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo. Sin embargo, no debe confundirse el tipo con la tipicidad.

El "tipo" es la descripción legal de un delito, o sea, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales; en tanto que la tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta, con la descripción legal formulada en abstracto, es decir, es el acunamiento de una conducta concreta con la descripción hecha por la Ley.

Fernando Castellanos, señala que: "... la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad".(17)

El profesor Mariano Jimenez Huerta, define la tipicidad "... como el injusto recogido y descrito en la ley penal; la tipicidad presupone un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que cada caso entra en función".(18)

Cuello Calón manifiesta que la tipicidad es la adecuación del hecho al tipo legal, es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuricidad, la tipicidad es el indicio más importante de la antijuricidad".(19)

17.- Op. Cit. Pag. 165.

18.- Cfr. La Tipicidad. Pag. 42 y 207. Edit. Porrúa. México. 1950.

19.- Op. Cit. Pag. 312.

C) CULPABILIDAD.

Por ser este un elemento esencial de lo más complejo de nuestro sistema penal (y de todos), en este capítulo se abordara de una manera descriptiva y en cuanto a una manera de definición, estudiándose mas a fondo en diverso capítulo de este trabajo.

Así tenemos que Raul Carranca nos señala que: "...el examen de la fuerza moral, que, según Carrara, concurre con la física a generar el delito, nos lleva a considerar la culpabilidad como elemento subjetivo del delito. Ella dá origen, según la Teoría Psicológica, a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto de conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de atacarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta o sea, su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme al Derecho..." "La culpabilidad o reprochabilidad está siempre referida a un hecho externo, a una conducta, solamente puede referirse a una conducta determinada y singular del hombre, pues, no es un estado o condición más o menos permanente del individuo, sino una nota que recae sobre una actuación concreta, únicamente puede hablarse de culpabilidad en el sentido penal, cuando se trata de hechos típicos y antijurídicos, nunca de una conducta permitida por la Ley".(20)

"El delito es un hecho culpable, no basta que sea un hecho antijurídico y típico; también debe ser culpable. No solo basta que el agente sea el autor material, es preciso además que sea su autor moral, que lo haya ejecutado culpablemente. Una acción es culpable, cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues, en la culpabilidad, a mas de una relación de causalidad psicológica entre el agente y su acción, un juicio de

20.- Raul Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 12a. Edición. Edit. Porrúa. México. 1977. Pag. 307.

reprobación de la conducta de aquel motivado por su comportamiento contrario a la Ley, pues ha quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandado por aquella. Se reprocha al agente su conducta, y se reprueba esta, porque no ha obrado conforme a su deber".(21)

El maestro Castellanos Tena, considera la culpabilidad como "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".(22)

Para Luis Jimenez de Asua, la culpabilidad en el más amplio sentido, puede definirse como "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(23)

Por su parte Eugenio Cuello Calón, sostiene que la culpabilidad puede definirse como "...un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley", y sigue diciendo el jurista citado que "...la noción de culpabilidad esta íntimamente ligada a la antijuricidad, sin una conducta antijurídica, no hay culpabilidad, aquella es condición previa para la existencia de esta. A pesar de su importancia, de ser la base ética de la noción del delito, y de ser condición previa indispensable para la imposición de pena (nula poena sine culpa), no es posible colocar en lugar preminente respecto de la antijuricidad".(24)

Nosotros nos adherimos sin reservas al concepto de culpabilidad que da el Maestro Ignacio Villalobos, por considerarla más amplia y completa, y que textualmente señala "La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los elementos, mandatos y

21.- Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Edit. Nacional. México. 1976. 9a. Edición. Pág. 357.

22.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 11a. Edición. Edit. Porrúa. México. 1977. Pág. 232.

23.- La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Buenos Aires. 1978. Pág. 352.

24.- Op. Cit. Pág. 358.

prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".(25)

Como se ha señalado anteriormente, para que una conducta sea concebida como delito, además de típica y antijurídica, ha de ser culpable, pero solo puede ser culpable el sujeto que sea imputable, y para que un sujeto sea imputable, es necesario atender a sus condiciones psíquicas, es decir, que dicho sujeto tenga los factores de facultad, entendimiento por voluntad, voluntariedad, la facultad del sujeto para obrar y elegir libremente, así como el de violación. Pues como dice Carranca y Trujillo, "... será imputable todo aquel que posea el tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo lo que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".(26)

Para Cuello Calon, no solo es necesario que el agente antes de ser culpable sea imputable, sino también responsable, razón por la cual considera a la imputabilidad y a la responsabilidad como presupuestos previos al elemento de culpabilidad. Así establece textualmente "La imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la Ley para responder de los hechos cometidos".

"... es responsable el individuo imputable que a causa de la ejecución de un hecho punible, debe responder por él, así que la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas. Por tanto, mientras que la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad. Todos los que no sean locos, ni sordomudos, ni menores, son imputables, pero

25.- Derecho Penal Mexicano. 2a. Edición. Edit. Porrúa. Pág. 272. 1960.

26.- Op. Cit. Pág. 389.

solo son responsables cuando habiendo ejecutado un hecho punible, están obligados a responder por él. Mientras que el estado imputable es anterior a la comisión del hecho, la responsabilidad nace en el momento de su perpetración".(27)

En cuanto a las doctrinas que existen para determinar el fundamento de la imputabilidad y la responsabilidad penal, Cuello Calón señala la existencia de dos principales ideologías: a) la del libre arbitrio y b) la determinista. De la primera establece que para que el sujeto sea imputable y responsable deben concurrir dos factores: el primero, que al momento de realizarse el acto, el sujeto debe poseer la inteligencia y discernimiento de sus actos; el segundo, que debe gozar de la libertad de su voluntad, para escoger la conducta y determinarse a ejecutarla conforme a su libre albedrío. Sin estos dos factores el individuo no puede ser declarado culpable del acto ejecutado. La segunda doctrina, la determinista, niega la existencia del libre albedrío, toda vez que la voluntad humana se encuentra influenciada por factores psicológicos y físicos...".(28)

Establece esta doctrina que: "...la conducta humana, está determinada por la personalidad física (temperamento), y psíquica (carácter), producto de la herencia psicológica y fisiológica respectivamente, y por el influjo del medio físico y social en el hombre, que el hombre vive...".(29)

En resumen podemos decir que esta doctrina fundamenta que: "... la responsabilidad social, cuya fórmula es "El hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad".(30)

27.- Op. Cit. Pág. 359.

28.- Cuello Calón, Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional, México, Pág. 362.

29.- Ferri, Citado por Cuello Calón, Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional, México, Pág. 362.

30.- Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 362.

La razón social, está plasmada en la sanción o pena para garantizar a la sociedad, por parte del delincuente. Esta reacción social varía según la peligrosidad del individuo, así por ejemplo será mayor la reacción de la sociedad (pena), si se trata de un delincuente nato, y no de un delincuente influenciado por el medio en que se desenvuelve, es decir, se aplica la sanción, según el grado de peligrosidad que el sujeto manifieste. Esta doctrina del determinismo fue formulada en la Escuela Positiva por el jurista italiano Ferri, en su afamada obra "Sociología Criminal". (31)

Nosotros nos adherimos al criterio sustentado por la doctrina del libre arbitrio, por considerar que, para que un individuo sea responsable plenamente, basta que el acto ejecutado sea hecho con voluntad consciente y libre, es decir, que exista al momento de realizar la acción, la posibilidad de querer y de escoger o elegir. Además somos de la opinión de que la creencia del libre arbitrio y la libertad moral que inspira al hombre en su conducta, en su responsabilidad, es una creencia beneficiosa a los intereses de la comunidad.

31.- Citado por Cuello Calón. Op. Cit. Pág. 362.

e) ANTIJURICIDAD.

Dice Sebastian Soler, que no basta comprobar que una acción encuadra en una figura legal, sino que, es necesario, en cada caso, verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho, entendido por su totalidad como organismo unitario. La acción tiene que ser valorada, no solo ante la Ley que ordinariamente presupone. Cuando el resultado de este examen afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho percibe, y el hecho, solo entonces puede afirmarse que existe un hecho antijurídico. Textualmente expresa: "Para que haya delito es preciso que haya una contradicción entre el hecho del hombre y el derecho". El mismo tratadista indica que: "Nadie ha expresado con mas elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la Ley y de contradicción al derecho, cuando dice que el delito es una "disonancia armónica", pues en la frase, se expresa del modo mas preciso la doble necesidad de adecuación, del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora". (32)

Por su parte el penalista Porte Petit, considera que "...una conducta es antijurídica, cuando siendo típica, no está protegida por una causa de justificación". (33)

En realidad lo antijurídico no es otra cosa que la oposición objetiva de la conducta con el derecho, es la verificación de que un comportamiento, en lo que se refiere a su fase exterior, pugna con el orden jurídico.

El penalista mexicano Ignacio Villalobos, textualmente expresa: "...cuando la Ley impone una sanción a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe

32.- Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomos I y II. Edit. Tea. Buenos Aires. 1953 y siguientes.

33.- Porte Petit Celestino. Op. Cit. Pag. 205.

el homicidio y el robo, y resulta extremadamente sutil y formalista, pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la Ley y se sujeta a ella". (34)

Lo que ocurre es que la antijuricidad se descompone en un doble contenido: formal y material.

La antijuricidad formal, implica la transgresión a una norma establecida por el Estado; y la material, la contradicción a los intereses de la colectividad.

"El delito en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario al derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: primero, el acto formalmente contrario al derecho es tanto, que es transgresión de una norma establecida en el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad". (35)

También para Cuello Calon, la antijuricidad presenta un doble aspecto, expresa: "...un aspecto formal, constituido por la conducta opuesta a la norma, otro material, integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. La existencia de hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuricidad material) no previstos por la norma penal, solo puede ser causa para la publicación de una Ley que los sancione y, solo entonces, serán antijurídicos". (36)

Asimismo, Fernando Castellanos Tena, manifiesta la existencia del doble aspecto de la antijuricidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio

34.- Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1960. Pág. 196.

35.- Luis Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 277.

36.- Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional. México 1976. Pág. 311.

substantial. Sin embargo, Franz Von Liszt, ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad. Este acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos". (37)

Se advierte pues, de todo lo expuesto, que el juicio de antijuricidad valora de modo exclusivo, el comportamiento externo del hombre, pero generalmente la oposición objetiva con el derecho, va acompañada de un ataque de intereses que el Estado está obligado a tutelar, para bien de la colectividad.

37.- Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Iia. Edición. Edit. Porrúa. México 1977. Pág. 170.

II.- OTROS ELEMENTOS.

a) PUNIBILIDAD.

Citaré de nuevo al maestro Fernando Castellanos Tena, que nos señala que "...consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible, cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad para significar la imposición de la pena ha quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada. Se engendra entonces una amenaza estatal, para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio de la *jus puniendi*); igualmente se entiende por punibilidad, en forma todavía menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posterior, las penas conducentes. En resumen, punibilidad es:

- 1.- Merecimiento de Penas.
- 2.- Amenaza Estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y
- 3.- Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.⁽¹⁾

Como ya hemos manifestado, las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco son elementos esenciales del delito, supuesto que solo se requiere excepcionalmente, y si fueran esenciales, acompañarían siempre al delito, y no es así.

1.- Fernando Castellanos. Op. Cit. Pág. 267.

"Generalmente para que un hecho sea constitutivo del delito, basta que sea antijurídico, típico e imputable a intención o negligencia. Esto es lo normal, sin embargo, en ciertos casos, muy pocos en verdad, la Ley no se conforma con la concurrencia de estos elementos básicos de punibilidad, sino que además, como requisito para que el hecho en cuestión sea punible, exige la concurrencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores del delito, e independiente de la voluntad del agente". (2)

Fernando Castellanos Tena, manifiesta que "Frecuentemente se le confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los delitos llamados privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos..." Y continúa señalando "... generalmente son definidas aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el Legislador para que la pena tenga aplicación, como ejemplo, suele señalarse la previa declaración judicial de Quiebra Fraudulenta; nótese como este requisito de nada afecta la naturaleza misma del delito". (3)

-
- 2.- Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional. México 1976. Pág. 522.
 - 3.- Op. Cit. Pág. 271.

b) IMPUTABILIDAD.

Ya hemos expresado que a nuestro juicio la imputabilidad no constituye un elemento esencial del delito, más como es un presupuesto necesario de la culpabilidad, será menester estudiarla ahora.

"La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y desarrollo del autor, para obrar, según el justo conocimiento del deber existente".(4)

Para Cuello Calón, la imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere el autor a un modo de ser de la gente, a un estado espiritual del mismo, y tiene fundamento en la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez) exigidas por la Ley para responder de los hechos cometidos. No exige la concurrencia de condiciones de fina y delicada espiritualidad, solo las condiciones mínimas, de aquellas que son absolutamente necesarias para que una persona pueda responder a los propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer".(5)

"Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir de realizar actos referidos al Derecho Penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".(6)

Por su lado Fernando Castellanos, indica que "...en pocas palabras, podemos definir la imputabilidad de la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal, es el conjunto mínimo de salud y desarrollo mentales

4.- Luis Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 333.

5.- Op. Cit. Pág. 359.

6.- Max Ernesto Mayer. Citado por Fernando Castellanos Op. Cit. Pág. 218.

del autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder del mismo".(7)

De los puntos de vista que hemos anotado, en cuanto al concepto de la imputabilidad, fácilmente podemos concluir, que la mayoría de los autores están de acuerdo en que la imputabilidad, solo es un presupuesto de la culpabilidad, y no un elemento esencial del delito; asimismo concluimos, que la imputabilidad es la capacidad de entender y querer, y que esta representada por un mínimo de salud y desarrollo mentales del autor.

Es indudable que si el sujeto que realiza un hecho típico penal, carece de facultades para entender y para querer, no cometerá delito, puesto que no será imputable.

7.- Franz Von Liszt. Citado por Fernando Castellanos. Op. Cit. Pag. 218.

CAPITULO TERCERO

" EL DOLO "

Hay que recordar que en el "... antiguo Derecho Romano y Germánico, el castigo o los castigos que se imponían a los delincuentes eran solo de acuerdo a los resultados que tales actos reflejaban, sin fijarse siquiera en la intención que el individuo tenía para ejecutar dicho acto".(1)

En el antiguo Derecho Romano Privado, señala Carranca: "Es donde aparece por primera vez el concepto de dolo, distinguiéndose como grados de la acción antijurídica la AUT VIS, AUT DOLUS, la primera para significar violencia, y la segunda, la voluntad delictuosa en general, con un significado de engaño artificioso, es decir, astucia, y de esta forma distinguieron el dolus malus (delictuosamente maligno), del dolus bonus, o sea el injusto civil o el injusto penal no malicioso; ni el dolus malus era ejercitado con el conocimiento de que dicha conducta era injusta, entonces tomaba el nombre de sciens, sciens solo malo (voluntad de delinquir, actos contrarios a la ley penal ejecutados concientemente, pero sin utilizar la violencia). Posteriormente se opero un cambio, y el término dolus malus, paso a indicarnos toda intención encaminada a la ejecución de un acto contrario a la ley, pero sin entrar a formar parte del campo del derecho penal".(2) A este respecto, Maggiore observa: "...al antiquismo Derecho Romano, se debe la sentencia: "Si alguno a sabiendas, dá muerte a un hombre libre, sea tenido como parricida" y el elemento intelectual se encuentra de continuo en varios textos de ley, por medio de las locuciones: propósito, de intento, a sabiendas, voluntariamente, con ánimo de hacer daño, espontáneamente, por fraude, por dolo malo".(3)

-
- 1.- Luis Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana. Sa. Edición. Buenos Aires. Pág. 359.
 - 2.- Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México. 1977. Pág. 400.
 - 3.- Derecho Penal. Tomo I. Temis, Bogotá. 1954. Pág. 572.

Es pues indudable que fué en el Antiguo Derecho Romano que de la noción de dolus malus se estructuró, posteriormente, la definición de dolo, pero ya en el campo del Derecho Penal, teniendo como testimonio la antigua definición de Labeon, que manifestó: "Dolo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar o defraudar a otro".

Respecto a los antecedentes y noción de dolo en el Derecho Canónico y Germánico, Maggiore escribe: "El Derecho Canónico desarrollo en su plenitud el concepto de dolo, fundado en el precepto non datur peccatum nisi voluntarium (no hay pecado si no hay voluntad)", y hoy también el Derecho Canónico pone de relieve el carácter volitivo de la culpabilidad, con la definición: "Dolo es la voluntad deliberada de violar la ley y se oponen por parte del entendimiento, la falta de conocimiento, y por parte de la voluntad, la falta de libertad".

En el Derecho Germánico se pagaba siempre una indemnización por los delitos voluntarios e involuntarios, con tal de que hubiera un daño privado, pero la indemnización debida por el individuo al Estado se pagaba solo en el caso de que el delito hubiera sido cometido con dolo". (4)

Para la Escuela Clásica, el dolo fué la suma de dos factores: voluntad de ejecutar la acción y conciencia de su oposición con el Derecho, por ello se le definió como: "La intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la Ley (Carrara), como el querer el agente, aquel movimiento de su organismo del que deriva, como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del derecho, y el haber previsto este como tal negación jurídica y como consecuencia de aquel movimiento (Pessina)". (5)

La Teoría del dolo en el positivismo acusa una técnica psicológica más refinada por enriquecerse con los motivos determinados.

4.- Op. Cit. Pág. 573 y 574.

5.- Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México, 1977. Pág. 401.

Para la Escuela Positiva, la noción de la Clásica, es insuficiente, porque el dolo requiere, para existir: voluntad, intención y fin; aquella es la acción en sí misma; la intención es el motivo de la acción, y el fin es el resultado querido; que por que y para que, no basta; pues, con haber querido el hecho, es precisa además la intención de violar la Ley, el derecho, con un fin antisocial y antijurídico (Ferri). El por que, la intención es el motivo determinante, que debe ser juzgado a la luz de la sana moral y de la utilidad social por el juez, según aconseja el positivismo, se añade a los señalados, todavía un elemento más: la conciencia de la ilicitud del hecho".(6)

Esta noción civilista que hemos venido manifestando, en el Derecho Privado de Roma, en el Canónico y en el Antiguo Derecho Germánico, tiene más que nada a una actividad subjetiva en la que se dan determinadas características, verificándose maniobras, como la astucia, la falacia o maquinación, que el agente tiene para engañar a otro, con el objetivo de lograr un lucro. De esta noción civilista pasó, como ya antes dijimos, al campo del Derecho Penal, considerándose como la realización de un hecho antijurídico, llevado a cabo con conocimiento y voluntad, es decir, el dolo, ya en el Derecho Penal, comprende varias situaciones de la voluntad, frente al conocimiento de los hechos, y va desde la voluntad del acto en sí, a la inteligencia que el sujeto tuvo para ejecutarlo, como al motivo psicológico que lo orilló a cometerlo, y a la conciencia del ilícito penal, entendiéndose por ésta, no el conocimiento de determinada ley, sino la conciencia de lo injusto. En cambio el dolo civil indica solamente, a nuestro parecer, una dirección de la voluntad, que es la intención manifestada con intensidad en la realización de diferentes maniobras (astucia, falacia o maquinación), para la obtención de un fin buscado.

Como apuntamos el dolo en el Derecho Romano, se expresaba con los términos *dolus malus*, *animus*, *propositum*, etc. *Dolus* como la conciencia criminosa de cometer un hecho contrario al Derecho; *propositum* como "de proposito", el *animus* equivaldría a nuestro concepto de intención. El dolo en el Derecho Romano no se hallaba constituido solo por la conciencia del delito y la voluntad de cometerlo, sino además, por un impulso malvado de cometerlo.

Modernamente se sostiene que el dolo es una de las formas tradicionales y la más importante, del elemento esencial del delito; la culpabilidad. En términos más o menos parecidos, se expresan una gran cantidad de juristas eminentes, entre otros como ejemplo, citamos a Carlos Fontan Balestra, que dice: "Dolo es la forma principal o más grave de la culpabilidad, puesto que acarrea las penas más severas". (7)

Franz Von Liszt, considera que: "El dolo es la más importante de las formas de la culpabilidad". (8)

Guiseppe Maggiore, sostiene que: "Es la expresión más típica de la culpabilidad". (9)

Luis Jimenez de Asua, afirma: "El dolo que es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad", (10)

Carranca y Trujillo, apunta que el dolo: "...puede ser considerado en su noción más general, como intención y esta intención ha de ser de delinquir, o sea dañada. Sobre ser voluntaria, la acción deberá estar calificada por la dañada intención, aquel que en su conciencia, haya admitido causar un resultado ilícito, obrara con dañada intención representandose las circunstancias y la significación de la acción.

Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente es la base sobre la que se sustenta el concepto legal del dolo". (11)

7.- Manual de Derecho Penal. Parte General. Depalma. Buenos Aires. 1949. Pág. 247.

8.- Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Madrid. 1927. Pág. 397.

9.- Op. Cit. Pág. 572.

10.- La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 358.

11.- Op. Cit. Pág. 400

Hasta aquí hemos presentado un esbozo general, tal vez demasiado sintetizado, sobre la historia y la evolución del concepto o noción del dolo, aunque sería interesante profundizar en su análisis histórico y extendernos en su estudio, consideramos tarea por demás ardua y difícil, ya que alargaría en extremo las dimensiones de nuestro trabajo, por ello, nos vemos obligados a prescindir de procesos históricos profundos.

a) DEFINICION DEL DOLO.

La gran variedad de definiciones en cuanto al dolo, es innegable, como innegable sería también la diversidad de elementos que lo configuran, razón por la cual, es muy difícil dar un concepto que abarque todos y cada uno de estos caracteres.

Dicho lo anterior, y pese a que los romanos proporcionaron la idea de dolus malus, que después pasó a formar Derecho Penal, es imposible buscar sus bases fundamentales para su conocimiento en el citado derecho Romano, ya que, como manifestamos, este era de carácter eminentemente civilista, y por esta razón estamos de acuerdo con el profesor Ignacio Villalobos, quien afirma al respecto: "Hay que desistir ya de intentar el conocimiento del dolo a través de los romanos, cuyos estudios respondían eminentemente a una preocupación del carácter civil, según lo demuestran sus conceptos del imputarse, que no necesitaban llevar más allá de su acepción original de poner en la cuenta de alguien, y del dolus, que se construyó al margen de los contratos. Aun el dolus malus, definido por Labeon y aceptado por el Digesto, como toda habilidad, fauacia, maquinación empleada para engañar y envolver a otro. De aquí, tal vez aún se tropiece en la organización admirable de los romanos con algunos casos de responsabilidad por hechos de otros si bien, hay que reconocer, como la hace Costa, que la idea del dolo malo, abrió el camino a la más compleja investigación subjetiva que necesariamente invadió el campo penal".(12)

Costa, citado por Villalobos, acierta en lo que dice, pues efectivamente, la idea del dolo malo, invadió el campo del Derecho Penal, ya que en el Romano, hizo su aparición la culpabilidad, donde encontramos el antecedente del concepto dolo criminal como "...voluntad encaminada hacia la comisión de un delito".(13)

12.- Noción Jurídica del delito. Pág. 132. Edit. Jus. México. 1952.

13.- Costa. Citado por Ignacio Villalobos. Pág. 132.

De la gran variedad de definiciones que pretenden determinar el concepto de dolo, citaremos las que, a nuestro juicio, envuelven al concepto con mayor precisión y claridad más o menos amplio, así como aquellas que determinen su naturaleza jurídica y su objeto.

Maggiore señala: "Los criminalistas antiguos enseñaron que el elemento de la contradicción entre el hecho y la ley penal, no podría ser extraño al dolo. Y hablaron directamente de la voluntad de violar la ley. o de la conciencia de la transgresión; recordemos la definición de Poccioni: "Dolo es la intención de violar deliberadamente la Ley", y la de Carmignani: "Acto intencional más o menos perfecto de violar la Ley". Este principio está hoy consagrado en el Derecho Canónico, con la fórmula: *dolus est deliberata voluntas, violandi legem* (el dolo es la voluntad deliberada de violar la ley)".(14)

Actualmente esta teoría es objetada por Manzini, aduciendo que: "...pues nadie delinque por el solo placer de infringir la Ley".(15) Dice Manzini: "...no es la intención de violar la ley penal lo que toma en consideración. Tal intención puede no existir (y generalmente no existe) en el ánimo del malhechor, quien dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. Solamente una psicología fantástica podría llevar a otra conclusión".(16)

Para otros autores de Derecho Penal, opina Maggiore, se necesita, si no la voluntad, si la conciencia de obrar contra la Ley. Pessina anota, que "...para tener propósito criminal, es preciso que el fenómeno de negación del Derecho haya sido previsto por el ser operante, e Impallomeni, que define al dolo como: conciencia de cometer un hecho en perjuicio de un bien protegido por la Ley Penal".(17)

14.- Op. Cit. Pág. 379.

15.- Cuello Calón. Derecho Penal. Edit. Nacional. Pág. 371.

16.- Manzini. Citado por Cuello Calón. Derecho Penal. Edit. Nacional. Pág. 371.

17.- Op. Cit. Pág. 379.

Por su parte, el jurista citado, acorde a las teorías de la voluntad y de la representación, o como también se le llama, de previsión, nos define el dolo como: "...la intención de causar un resultado antijurídico". (18)

Es necesario establecer que este autor, solo considera necesaria la unión de estas dos teorías, para explicar la esencia misma del dolo, y que la más completa debe conciliar en la noción del dolo, tanto la voluntad, como la representación o previsión, manifestando con ello su adhesión a la teoría de asentimiento o del consentimiento, que posteriormente trataremos. También establece que, quien obra dolosamente, es aquel sujeto que provee y quiere el resultado, es decir, quiere el delito en la totalidad de sus elementos, acción y resultado, antijuricidad y culpabilidad.

De Miguel Garcia Lopez, dice que el dolo puede ser definido como: "...la consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la norma penal". (19)

Para Francisco Carrara, dentro de su concepción Clásica, los elementos constitutivos del dolo son, la voluntad y la conciencia, es decir, representa los factores configurantes del hecho contrario al derecho, señala que, "...dolo es la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la Ley, en conclusión diremos que, Carrara, solo alude a la voluntad de ejecutar un acto antijurídico y no a la voluntad de ocasionar un daño". (20)

Quando aparece la Escuela Criminal Positiva, se nos dice, por boca de Ferri, que no basta la conciencia y la voluntad, por ser elementos demasiado simples, demasiado ingenuos, y que es preciso el análisis de la voluntad, la

18.- Op. Cit. Pág. 376.

19.- Derecho Penal. Parte General. 1a. Edición. Edit. Madrid. 1940. Edit. Rus.

20.- Francisco Carrara, Citado por Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 8a. Edición. 1978. Pág. 363.

intención y el fin, para que exista dolo, así dice Ferri: "Podemos disparar un revolver queriendo matar o se nos dispara casualmente. El acto en sí, es el mismo, pero es muy diferente en cuanto al problema doloso. Si se nos dispara casualmente, entonces no hay dolo, más, para que haya dolo de homicidio, no basta querer, sino que tenemos que dispararlo con intención de matar. Si el disparo se hace para herir o hacer ruido, no hay dolo de homicidio. Y todavía no basta. Hay que llegar al efecto, disparamos el revolver para matar, para dar muerte por venganza o por defensa. De manera que se requiere: primero la voluntad de disparar el arma; segundo, la intención de matar a alguien, y tercero, el móvil de matar por venganza y no por defensa".(21) Como veremos mas adelante, Ferri es partidario de la teoría de los móviles, en cuanto a la esencia del dolo.

Para Fernando Castellanos, el dolo consiste en: "El actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".(22) De esta definición concluimos, que existen el actuar doloso, cuando el individuo que ejecuta un acto delictuoso prevee su efecto y voluntariamente lo lleva a cabo.

Para Eugenio Cuello Calón, conciliando la teoría de la voluntad y la de representación dice que puede definirse el dolo como: "La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la Ley prevee como delito".(23) Para él, los elementos del dolo, serán el conocimiento de las circunstancias o hechos, así como su significado y la voluntad, si bien es cierto, que en la definición que señala, no menciona expresamente estos elementos, pero también es cierto, que al hablar de voluntad consciente, lo hace indirectamente, ya que por voluntad consciente, nosotros entendemos, el conocimiento y el significado de las circunstancias del hecho, ya que sin ellos no podría existir voluntad consciente.

21.- Ferri, Citado por Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 363.

22.- Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Iia. Edición. Edit. Porrúa. México. 1977. Pág. 239.

23.- Derecho Penal. Parte General. 9a. Edición. Edit. Nacional. México 1976. Pág. 371.

Para Luis Jimenez de Asua, existe el dolo: "...cuando se produce un resultado, típicamente antijurídico, de conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".(24) Para él, los elementos del dolo son: el conocimiento del hecho y el conocimiento de la significación antijurídica del hecho.

La representación o conocimiento del hecho abarca: a) la representación o conocimiento de los elementos objetivos integrales del delito; b) el conocimiento de la significación del hecho; c) el conocimiento del cambio que la acción o la omisión ha de producir, en el mundo exterior, es decir, conocimiento o representación del resultado.

"Sin este conocimiento previo no puede hablarse de voluntad consciente, pues solo puede considerarse como querido por el agente aquello que por el fue previsto, al menos como posible, sin previsión, no se concibe intención. El desconocimiento o error, sobre cualquiera de los extremos mencionados, excluye la intención".(25)

En cuanto al conocimiento de la antijuricidad del hecho, no es necesario que el sujeto conozca que su acto está tipificado como tal en un artículo o ley determinada, sino que solo es necesario que su conciencia le advierta que lo que está ejecutando, es algo prohibido.

En conclusión de todo lo expuesto en este apartado, podemos decir, que la voluntad está determinada por la acción misma. Se origina una sensación externa, que fija al individuo a desear un movimiento muscular, que a su vez señala un cambio en el ambiente, en el mundo exterior, así de esta forma el hecho es voluntario. El siguiente paso a seguir, es la intención, es el motivo, como más adelante veremos, y posteriormente se da el fin, que en última instancia es el resultado querido. El fin constituye el

24.- Op. Cit. Pág. 365.

25.- Cuello Calzon. Obra citada. Pág. 372.

motivo determinante, de que sea necesario y muy importante para calificar la peligrosidad del agente, pero también es necesario aclarar que, el fin no siempre es necesario para la configuración del delito, ya que muchas veces se da y otras no.

En conclusión, sin la voluntad consciente de que se quebranta el deber, como sin el conocimiento del hecho, y su significación, no puede existir dolo.

b) TEORIAS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES.

Lo expuesto en el apartado anterior, sobre el concepto y definición del dolo, lo creemos suficiente para los fines del presente trabajo, ahora toca ocuparnos en este, de algunas teorías (las más importantes) sobre el elemento o elementos esenciales, según la teoría de que se trata, del dolo, ya que para unos, el elemento esencial es la voluntad, para otros la representación y previsión del hecho, para otros el motivo, en fin, para muchos más la mezcla de la voluntad, el móvil y el conocimiento y previsión de los hechos antijurídicos.

I.- TEORIA DE LA VOLUNTAD.

Empezaremos por ver la teoría de la voluntad o de la voluntariedad, como también se le ha nombrado, porque cronológicamente es la primera que aparece. "Sus postulados fueron sostenidos sobre todo por juristas antiguos de la Escuela Clásica, principalmente, entre otros, Carrara, Pessina, Carmignani".(26) Cuello Calón dice: "Entre las doctrinas formuladas para explicar la naturaleza del dolo, una de las más antiguas (mantenida por Carmignani y Filangieri), hoy totalmente desechada, lo consideraba como la voluntad de violar la Ley Penal, pues nadie delinque por el solo placer de infringir la Ley". Carrara, seguido por otros penalistas, defendió la denominada teoría de la voluntad. Según esta doctrina, el dolo es: "...la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la Ley. Por tanto, para esta teoría, el dolo consiste no en la voluntad de quebrantar la Ley, sino en la de ejecutar el acto que la infringe".(27)

"No es la intención de violar la Ley Penal, dice Manzini, lo que se toma en consideración. Tal intención

26.- Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 8a. Edición. Pág. 362.
27.- Obra citada.

puede no existir (y generalmente no existe) en el ánimo del malhechor, quien dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. Solamente una psicología fantástica podría llevarnos a otra conclusión".(28)

El dolo conforme a esta teoría de la voluntariedad, no es sino la voluntad de ejecutar el acto típico. Su esencia radica en un momento emocional o del sentimiento. Claro está que, esta tesis no niega la intervención del conocimiento de los hechos por parte del autor, ya que la naturaleza psicológica de la voluntad, lo presupone. Esta teoría vé la relación entre lo previsto por el agente y lo querido, de esa manera se da la culpabilidad. Así pues, para que exista dolo es suficiente con que el sujeto quiera el resultado, resultado que debe tener la voluntad dirigida al evento final, a realizar un acto contrario a la Ley. Así tenemos que para la Escuela Clásica, son dos los factores que constituyen el dolo: la voluntad de ejecutar una acción y la conciencia de oponerse al derecho.

Pessina, toma en consideración para la existencia del dolo, tres requisitos indispensables: 1.- Que el agente haya tenido la posibilidad de conocer la existencia de un deber; 2.- Conciencia de que con su proceder viola el deber; y 3.- Haber obrado con libertad, para decidir violar o no el deber".(29)

Reunidos estos requisitos, Enrique Pessina, los encuentra agrupados en dos elementos que son: 1.- Que el hombre haya previsto el delito que habría de derivarse de su movimiento, y 2.- Que haya querido moverse".(30)

La ausencia del primer elemento, excluye para este jurista, la determinación de la violación, y la ausencia del segundo trae como consecuencia la falta de violación de

28.- Manzini. Citada por Cuello Calon. Derecho Penal. 9a. Edición. Edit. Nacional. 1976. Pág. 371.

29.- Pessina. Elementos del Derecho Penal. Traducción del Italiano por H. Gonzalez del Castillo. 4a. Edición. Madrid. Edit. Reus. 1936. Pág. 334.

30.- Elementos de Derecho Penal. Reus. Madrid. Pág. 334.

la acción. Pessina declara: "por esto es constante la afirmación de los escritores de la ciencia penal, que un evento contrario al derecho y derivado del hombre como efecto físico no puede, en rigor, referirse a él, si no lo ha querido".(31)

Luis Jimenez de Asua, señala: "Los más viejos autores solo habían percibido la teoría de la voluntariedad, y por eso definieron el dolo en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Por ejemplo: se trata de un homicidio doloso, cuando un sujeto se propone dar muerte a otro, y pone cuantos medios son posibles de su parte, para que la muerte de aquel se produzca, queriendo el resultado".(32)

Para la Escuela Clásica, "...el dolo fue la suma de dos factores; voluntad de ejecutar la acción y conciencia de su oposición al derecho, por ello se le definió como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe contrario a la Ley (Carrara), o como querer el agente aquel movimiento de su organismo de que deriva, como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del derecho, y el haber previsto este como tal negación jurídica y como consecuencia de aquel movimiento (Pessina)".(33)

Al igual que Carrara, Pessina ve el dolo en la intención más o menos perfecta de llevar a cabo lo previsto, violando así un deber, y solamente despues de presentarse esa intención, es posible hablar de la existencia del dolo. Identifica a este con la voluntas sceleris (dañada intencionalmente), y para formarlo se basa en la voluntad y en la conciencia.

Al hablar de la intención, Francisco Carrara, con la claridad que siempre lo caracterizó, nos la define como "...un esfuerzo de la voluntad hacia un fin preciso en general, y en especial, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito".(34)

31.- Obra citada. Pág. 229.

32.- La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 359.

33.- Carranca y Trujillo. Obra citada. Pág. 401.

34.- Citado por Maggiore. Derecho Penal. Vol. I. Pág. 576.

Al examinar la teoría de la voluntad, Fontan Balestra, toma en cuenta dos requisitos, que considera básicos para la formación del dolo, a saber: "1.- Quien realiza el acto deberá conocer los hechos y su significación (la significación habrá de referirse a la naturaleza delictiva de su acción y no a la exacta consecuencia del mismo) y 2.- El autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado, debe tener la intención de realizarlo. No se trata de haber querido la acción, sino de haber querido el resultado". (35)

Para este autor es importante, para configurar la naturaleza del dolo, el conocimiento y la significación de los hechos, así como la voluntad y la intención de lograr lo que el agente se ha propuesto, es decir, hacer objetivo el resultado.

Beling, jurista alemán, se expresa más o menos en los mismos términos al referirse al dolo, considerándolo como: "...el vicio de la voluntad que se funda en: 1.- En que el autor que se ha representado (al menos como posible) las circunstancias de hecho típicamente relevantes y la antijuricidad en su conducta) y 2.- A lo menos ha consentido (si no ha querido o bien se ha propuesto) esa cualidad de su conducta". (36)

De la afirmación que hace Beling sobre el dolo, observamos que considera básica la voluntariedad del agente de infringir el ordenamiento jurídico, cuanto tiene conciencia de lo antinormativo de su comportamiento a través de la representación del resultado. Así mismo considera como esencial, la voluntad de determinarse en oposición con la norma, o no desconoce, sin embargo, la representación.

Otro jurista famoso, también alemán, simpatizador con la más sencilla de las teorías sobre la naturaleza del dolo, la de la voluntad, lo integra tomando como fundamento dos tipos de elementos, uno intelectual y otro emocional. El primer elemento está determinado por el conocimiento de las circunstancias de la acción punible, indica que ese conocimiento de las circunstancias no debe

35.- Fontan Balestra. Obra citada. Pág. 247.

36.- Beling. Citado por Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Pág. 100.

tomarse como tal, sino en su referencia a la voluntad de la acción, por ser de relevancia decisiva, pudiéndose hablar asimismo del elemento emocional. En conclusión, para este jurista, Edmundo Mezger, el elemento intelectual del que habla, comprende el conocimiento de los hechos y conocimiento de la significación de ellos, y el segundo, denominado emocional, abarca la voluntad de la acción, para el, el simple conocimiento de los hechos no forma el dolo, pues, para ello es necesario que aparezca en referencia a la voluntad como proceso emocional, deberá reprocharsele penalmente.

Esta teoría de la voluntad, ha sido criticada por los autores que sustentan la de la representación, porque dicen que no explica ciertos casos en que el agente ha tenido conocimiento del resultado, sin que este se convierta en móvil de su acción.

Carranca y Trujillo dice: "Como elementos del dolo unas teorías subrayan como el más importante la voluntad (teoría de la voluntad), y otras, el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación). Elementos constitutivos del dolo son en todo caso, la prevención del resultado ilícito, o sea de las consecuencias de la acción y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado. En suma, elementos intelectuales y emocionales. "No basta la prevención sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión. La voluntad es vana. El derecho no puede prescindir de ninguna de las dos" (Maggiore). (37)

También el tratadista Luis Jimenez de Asua, en su obra "La Ley y el Delito", está de acuerdo en que la teoría de la voluntad no basta para determinar la naturaleza jurídica del dolo, ya que si se toma en cuenta los postulados de esta teoría, quedarían sin determinarse conceptos importantes del Derecho Penal, como sería por ejemplo, la significación del dolo eventual". (38)

37.- Carranca y Trujillo. Obra citada. Pá. 400.

38.- Luis Jimenez de Asua. La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. 1978. Pág. 359.

b) TEORIA DE LA REPRESENTACION.

En contra de la teoría de la voluntad, en la cual, el dolo consiste, no en la voluntad de quebrantar la Ley, sino en la de ejecutar el acto que la infringe, como ya vimos en el apartado anterior, surge la teoría de la representación, que encuentra en el conocimiento y previsión del resultado, el elemento básico del dolo.

Esta teoría de la representación nació en el mundo jurídico, por la dificultad de determinar un acto o hecho tan delicado como lo es el querer, y prefirió construir la naturaleza del dolo, sobre datos externos de mas fácil comprensión y menos delicados como es la previsión del resultado. Así, para esta teoría, la representación de los resultados del acto, debe ser, antes que la voluntad, el elemento esencial del dolo.

"La noción del dolo, no puede construirse sobre estos conceptos aislados, voluntad o representación, pueden darse la voluntad sin la representación, así como la representación sin la voluntad, no basta que el agente prevea como consecuencia cierta o posible de su conducta un resultado contrario a la Ley, es necesario que el resultado sea voluntario, sea intencional". (39)

Este pensamiento nos hace observar que si tomamos aisladamente estas dos teorías, son unilaterales, y por ello insuficientes, recordemos aquel decir de Maggiore ya citado: "La previsión sin voluntad es vana, la voluntad sin previsión es ciega". Jimenez de Asua, en su tratado de Derecho Penal, y a propósito de este pensamiento, establece que no hay razon para buscar una tajante división entre estas teorías, ya que el mismo Carrara junto con Pessina, representantes de la Escuela Clásica, y sostenedores de la teoría de la voluntad, no la proporcionaron. Carrara al concluir el concepto conciencia en la definición del dolo, está escogiendo la representación del hecho al decirnos que es contrario a la Ley.

En términos parecidos se expresa Fontan Balestra al analizar la pugna existente entre los sostenedores de estas dos teorías, opina: "Las divergencias entre una y otra teoría no son fundamentales. La de la representación se ha propuesto más que nada, dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas, que permiten formar un juicio para suponer que el evento ha sido o no querido. Con ello queda dicho que los partidarios de esta última, no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario, lo que ocurre es que se supone querido lo representado". (40)

Eugenio Cuello Calón, en cuanto a los elementos constitutivos del dolo y, refiriéndose concretamente al principio básico de la teoría de la representación o conocimiento del hecho, establece que este abarca: a) la representación o conocimiento de los elementos integrantes objetivos del delito; b) el conocimiento de la significación del hecho; y c) el conocimiento del cambio que la acción o la omisión ha de producir en el mundo exterior, es decir, conocimiento o representación del resultado".

Sin este conocimiento previo no puede hablarse de voluntad conciente, pues solo puede considerarse como querido por el agente, aquello que por él fue previsto, al menos como posible, sin previsión no se concibe intención.

La representación previa del hecho comprende: a) el conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictuoso, así v. gr., en el hurto el delincuente debe saber que la cosa que toma es ajena; en el adulterio, que la mujer con que se tiene relación sexual, es casada. Comprende también el conocimiento y previsión de los hechos que determinan una agravación de la pena v. gr., que el robo se verifique con armas. Las exigencias de este conocimiento de los hechos agravatorios sufre una excepción en los delitos calificados por el resultado, así denominados porque su grave resultado determina la imposición de pena especial en gravedad.

Pero la representación del hecho no se refiere a sus circunstancias subjetivas, así es indiferente que el agente crea erróneamente, que es menor de edad penalmente, y por tanto inimputable, o que gozando de salud mental, se crea enajenado. Tampoco se refiere al grado de participación en el delito, v. gr., si obra como inductor o como cómplice; ni al desarrollo alcanzado por el hecho, por ejemplo, si se comete una tentativa o un delito consumado.

La representación del sentido del hecho comprende: el conocimiento de su significación respecto del orden jurídico, es decir, el conocimiento de la antijuricidad del acto. Acerca de este punto se han mantenido las siguientes opiniones: (Binding, Mezger, Belling, Maggiore) exigen como elementos del dolo la conciencia de la ilicitud. Otro como M.E.Mayer, Liszt, Schmidt, exigen la conciencia de la violación del deber, la cual debe entenderse, no en sentido jurídico, sino cultural. Una tercera opinión, es la que exige el conocimiento o desconocimiento culposo de la antijuricidad o de la violación del deber (V.Hippel, Franck); y por último, el cuarto grupo rechaza la conciencia de la antijuricidad como elemento de la intención, Liszt, principalmente, es quien sostiene esta opinión, según ella, obra con intención el que comete la infracción con conciencia y voluntad, aún cuando falte en el agente la conciencia de obrar contra el derecho.

Mas todo esto no significa que el agente deba conocer que su acto constituye la figura del delito definida en tal o cual artículo del Código, ni que conozca la pena conminada, basta que su conciencia le advierta que ejecuta algo que está prohibido, de no ser así, como señala Jimenez de Asua, solo los abogados serían capaces de dolo. Tratándose de hombres normales, no es posible que procedan a la ejecución de la mayoría de los delitos (robos, asesinatos, falsedades, etc.) sin que su conciencia les advierta la calidad moral de estos hechos y su contradicción con el orden jurídico.

"La representación del hecho abarca también el resultado (su conocimiento) de la acción al efecto (daño o peligro) que causará o podrá causar en el mundo exterior la acción u omisión del agente, pero no basta con que el efecto sea previsto, es menester que sea querido por el agente y constituya el fin al que tiende la acción. Por lo tanto, el agente que obra con dolo, deberá representarse los daños o el peligro que puedan provenir de su conducta y proponerselos

como meta o finalidad de esta".(41)

Guillermo Sauer, en cuanto a la pugna existente entre estas teorías primarias de la naturaleza del dolo, manifiesta, que en realidad es completamente estéril, también señala que la primera, la de la voluntad, es la que más se ha generalizado en el mundo del derecho, pero sin embargo, se manifiesta afiliado a la segunda, es decir, la de la representación, al expresarse en los siguientes términos: "Nosotros nos declaramos partidarios de la teoría de la representación porque concebimos al dolo, no como un tipo de culpabilidad, sino como elemento de la culpabilidad, por lo tanto, como manifestación que acompaña al querer culpable, no como este querer mismo.

El reproche de culpabilidad se dirige solo, naturalmente, contra el querer, no contra el saber. Sin embargo, nosotros destacamos ahora mismo la estrecha unión y no tenemos que hacer valer, tampoco contra la conclusión de la voluntad, más lo siguiente: la práctica no es servida de ningún modo con esta ampliación, pues el juez, solo puede y suele determinar el saber, pero no la voluntad.

En el hurto, por ejemplo, se logra solo la determinación de que el autor ha conocido la apropiación de una cosa ajena, no que la ha querido, que la cosa está en el patrimonio ajeno, solo puede saberlo el autor".(42)

Este pensamiento del jurista citado, puede fácilmente objetarse, diciendo que la acción de saber algo, no contradice la voluntad hacia algo. El saber sería, en este caso únicamente, la representación del hecho, pero le faltaría la voluntad para la integración del dolo.

Ahora veamos la teoría de los motivos o de los móviles, en donde el elemento esencial del dolo, no es la voluntad de ejecutar un acto, ni la representación del mismo, sino el motivo que impulso al agente a cometer dicho acto.

41.- Cuello Calón. Obra citada. Pág. 372 y siguientes.

42.- Derecho Penal. Parte General Bosh. Barcelona. 1956.

c) TEORIA DE LOS MOTIVOS O DE LOS MOVILES.

Por impulso de la Escuela Positiva Italiana, surge la teoría de los Motivos, que pretende construir el dolo con independencia de la Doctrina de la Voluntad y de la Representación. Ferri llega a basar en el móvil la esencia del dolo, hasta el punto de que si el agente comete un delito, y los móviles no son egoístas, todo queda reducido a una contravención de policía. Florian templea estas exageraciones; pero la doctrina del móvil, que estudian además escritores alemanes como Thomson, Friedrich, Fulle, Meinsner, Van Calker, Guckenheimer, etc., cobra hoy superlativa importancia, reconocimiento que le corresponde a Carmignani, ya que él le reconoció al móvil toda su trascendencia, cuando afirmaba que la ausencia de él debía inducir al juez a negar existencia del delito.

En 1945 se ocupa de los motivos determinantes del delito, el profesor Eusebio Gomez, en un trabajo por demás sugestivo, que aparece en el primer número de su revista de Derecho Penal, en el que destaca el papel del motivo en "...la intensidad del dolo". Pero lo interesante es determinar la esfera de influencia de los móviles en el dolo, sin hacernos secuaces de las exageraciones Ferrianas. El motivo no puede ser el único fundamento de la culpabilidad. Piénsese en el ejemplo de Alimena, en el que un hombre dá muerte a una huérfana hermosa para sustraerla de su posible corrupción. Comprobada la existencia de semejante motivo, o se trata de un caso de evidente peligrosidad, que el móvil anula; o de un ser enajenado, y entonces ya no se trataría de ausencia de dolo, sino de falta de razón y ya sería un problema de inimputabilidad".(43)

Para el jurista Carranca y Trujillo, se requiere para la existencia del dolo: voluntad, intención, y fin, dice: "La intención es el motivo de la acción..." y sigue diciendo "...el por qué, la intención es el motivo determinante que debe ser juzgado a la luz de la sana moral y de la utilidad social por el juez: la intención corresponde al fin inmediato del acto, esto es, el efecto que el agente se propuso y trató de conseguir al querer un hecho, en suma,

43.- Luis Jimenez de Asua. Obra citada. Pág. 363 y siguientes.

el fin inmediato anterior al delito (si quería matar, herir, robar, etc.). El motivo psicológico o determinante, el móvil en fuerza del cual se quiere aquel acto, el motivo que impulsa este, el fin lejano o remoto (si mata por odio, por venganza, por amor)".(44)

Como se deja ver de los pensamientos señalados por este jurista, se concluye que, para la existencia del dolo, si es necesario, como requisito, el motivo determinante del ilícito penal en última instancia, pero no es el elemento esencial, toda vez que se puede matar, no ya por venganza, odio o amor, sino en legítima defensa, o por negligencia o culpa al no poner los debidos cuidados para evitar el acto ilícito, y por una sola vez que no se den estos motivos determinantes, es más que suficiente para determinar que ellos no constituyen un elemento esencial para la existencia del dolo, aunque sí son necesarios, para determinar la mayor o menor culpabilidad del agente.

El criterio que sustenta Ferri llevaría a la consecuencia inevitable e inadmisibles de la irresponsabilidad de los delinquentes guiados por móviles elevados, pues no serían peligrosos, o su peligrosidad sería insignificante.

"El móvil o motivo debe entenderse como el íntimo determinante del hecho, no puede identificarse con el carácter del delincuente considerado como modo específico de acción de un individuo (M.E.Mayer), pues los móviles que pueden inspirar un delito no corresponde siempre al carácter de su autor (v. gr. es posible que un sujeto dotado de carácter antisocial cometa excepcionalmente un delito por móvil moral). Tampoco como hace Ferri, con el fin del acto, el cual es el resultado remoto que se aspira a obtener. Pero no debe darse un valor excesivo a la estimación de motivo, porque no siempre es fácil determinar el motivo de un hecho".(45)

44.- Derecho Penal Mexicano. Parte General, 12a. Edición. Edit. Porrúa. México. 1977. Pág. 401.

45.- Cuello Calón. Obra citada. Pág. 374.

Para Cuello Calon, "El dolo no es solo previsión del hecho, sino también voluntad de ejecutorio, voluntad que esta dirigida a un determinado fin. Pero el fin o motivo de la acción, cualquiera que sea de carácter social o antisocial, moral o inmoral, es ajeno al dolo, y no puede confundirse con este. Por esta razón no es posible admitir la opinión de Ferri, para quien el concepto de dolo, no solo se integra con la concurrencia de la voluntad, sino además con la de un específico fin o motivo, el dolo, según este autor, consiste en la intención de lesionar el derecho con un fin antisocial y antijurídico".(46) Y continúa "...como ya observamos anteriormente y por las razones expuestas, el dolo no puede considerarse como intención de violar el derecho. Tampoco puede considerarse el fin propuesto como elemento esencial de la noción del dolo. El fin, o el móvil o motivo de la acción, que para Ferri son voces sinónimas, solo puede ser apreciado para determinar la mayor o menor culpabilidad del agente, la medida y hasta la clase de pena, hasta aquí puede llegar la estimación del motivo, pero no mas allá. Tal es el criterio seguido por los Códigos y proyectos legislativos modernos, que los toman en cuenta para agravar o atenuar la pena o para determinar su clase, pero ninguno lo estima como elemento fundamental de la culpabilidad".(47)

Sin desconocerle cierto valor a esta teoría, es conveniente tener en cuenta el móvil para determinar la influencia de este en el dolo. De ninguna manera podemos considerar el motivo como esencial determinante del dolo, pero sí se puede tomar en consideración para apreciar la mayor o menor culpabilidad del agente, y en consecuencia, la fijación de la pena. Al estimar el móvil como elemento esencial del dolo, todos aquellos delincuentes que cometieron delitos por motivos morales, o que creyeran justos -ejemplo de Alimena- a pesar de una peligrosidad máxima revelada, quedarían sin culpabilidad alguna y consecuentemente impunes.

Tratando las funciones del móvil, Luis Jimenez de Asua, señala cuatro que son: I.- El móvil de servir para la investigación sobre la calidad del motivo psicológico del delito; II.- La calidad moral y social del motivo conduce a un criterio fundamental para determinar la temibilidad y la

46.- Ferri. Citado por Cuello Calon. Op. Cit. Pág. 374.
47.- Op. Cit. Pág. 375.

condición peligrosa del delincuente; III.- La calidad de los motivos, actua con eficacia permanente en cuanto a la ejecución del medio represivo que debe adoptarse respecto a los distintos delincuentes, es decir, que actua como criterio esencial en la elección de la pena; y IV.- Cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto toda huella de temibilidad, puede excepcionalmente, cuando no se opongan otros factores, decidir que no procede la aplicación de medida defensiva alguna porque sería superflua".(48)

Se dice que los motivos no tienen influencia alguna sobre la esencia del dolo, es decir, sobre la voluntariedad, del hecho, sino que se refieren, no a la violación de la norma, sino al grado de íntima inmoralidad del agente; se nota que el peor de los delincuentes puede cometer, ocasionalmente, un delito inspirado en motivos no inmorales, y que un individuo, nada peligroso, puede cometer accidentalmente, un delito bajo el impulso de motivos inmoralesísimos (Manzini).

Por nuestra parte, entendemos que los motivos pasan a tener importancia cuando se individualiza y analiza el tratamiento, y en nuestro derecho, concordadamente, se dispone que deben tenerse en cuenta los motivos que impulsaron al sujeto a delinquir para señalar la adecuada sanción. (Art. 52, Fracc. II).

En la aplicación de las sanciones penales se tendra en cuenta, la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que le impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas.

d) TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO O ASENTIMIENTO.

De la pugna existente entre la Teoría de la Voluntad y la de la Representación, surge la Teoría del Consentimiento o del Asentimiento como también se conoce.

Esta doctrina conciliadora nos conduce a una comprensión más exacta del dolo, extrayéndolo de una fórmula claramente voluntarista, entendiendo por esta, a la intención en una noción mas amplia. Si por su parte, el autor, no dirigió su voluntad a la ejecución, y por otra, si se representó el resultado, aceptándolo como posible, su producción debe serle imputada. Esta doctrina tiene como principio fundamental el no incurrir en el error de sostener que la sola representación o la sola voluntad constituye el dolo, sino que basa al dolo en la actitud del autor frente a la representación del hecho típico, es decir, afirma que debe estimarse como querido con dolo el hecho considerado como posible, en tanto que el agente otorga su consentimiento al resultado dañoso, y no obstante tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

Carranca y Trujillo señala, al tratar de las Teorías que configuran los elementos del dolo que dice: "Elementos constitutivos de dolo son, en todo caso, la previsión del resultado ilícito, o sea, de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o de decisión de producir ese resultado". (50)

Aún a pesar de que este jurista mexicano, no se manifiesta abiertamente seguidor de esta teoría, indirectamente o en el fondo, según el pensamiento señalado, si se adhiere a sus postulados, ya que al hablar de previsión del resultado, se refiere a la Teoría de la Representación, y al señalar, la decisión de producir ese resultado, no hace otra cosa, sino hablar de la Teoría de la Voluntad.

50.- Obra citada. Pág. 400.

"Existen autores que admiten la unión de las Teorías (Voluntad y Representación), tan solo para definir el dolo. Por eso la teoría mas completa -a juicio de Maggiore- es la que concilia en la noción del dolo, la representación (o previsión) y la voluntad".(51)

Parecida opinión sustentan los tratadistas Cuello Calón y Jimenez de Asua, que escriben respectivamente: "La noción del dolo no puede construirse sobre estos conceptos aislados, voluntad o representación, pueden darse la voluntad sin la representación, así como la representación sin la voluntad, no basta que el agente prevea como consecuencia cierta o posible de su conducta un resultado contrario a la Ley, es necesario que el resultado sea voluntario, sea intencional. Esta noción debe ser elaborada sobre ambos conceptos conjuntamente".(52)

"Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, deben unirse la Teoría de Voluntad y de la Representación, para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Hemos afirmado repetidamente que el enajenado y el menor, obran con voluntad, aunque no con dolo".(53)

Por último Sebastian Soler, establece que esta doctrina concibe el dolo en función de la voluntad y la inteligencia al escribir: "Hemos dicho que Beling, criticando las formas exageradas de la doctrina de la representación, formula muy atinadas razones para demostrar que lo sucesivo para la existencia del dolo, no consiste en la representación pura y simple, sino en la actitud del sujeto frente a esta. Esta actitud puede escalonarse en una serie de grados, en los cuales cabría decirse que, no existe la misma intensidad volitiva, dando nacimiento a la Teoría del dolo, no consiste en la representación pura y simple, sino en la actitud del sujeto frente a esta. Esta actitud puede escalonarse en una serie de grados, en los cuales cabría decirse que no existe la misma intensidad volitiva, dando nacimiento a la Teoría del dolo indirecto y eventual. Esa gradación, siempre sobre

51.- Maggiore. Obra citada. Vol. I. Pág. 576.

52.- Cuello Calón. Obra citada. Pág. 371.

53.- Jimenez de Asua. Obra citada. Pág. 363.

el común denominador del dolo, va desde la intención directa e inmediata de la voluntad de causar el resultado previsto, hasta el asentamiento subjetivamente prestado a un resultado que se prevee solo como posible o probable. No finca, pues, el dolo, y lo mismo se ha dicho del pecado, en el sentir, sino en el consentir, consentimiento que se presenta junto con el advertir, ello es, junto con la representación. Dentro de ese pensamiento se ve claramente, que no solo está en el dolo, el que directamente quería un resultado, sino el que no lo quiso. Es decir, que para afirmar la existencia del dolo, debe investigarse el complejo de motivos que determinaron al sujeto, lo cual hace Meyer, el que proponga se llame a esta manera de considerar el problema, Teoría de la motivación. Pero es manifiesto que, sea cual sea el motivo, el límite mínimo del dolo estará dado por el asentimiento subjetivamente prestado ante la previsión de las consecuencias al emprender la acción. Por eso la denominación de Bebing, doctrina del consentimiento, es la mas exacta".(54)

Nosotros nos declaramos partidarios de la Teoría del Consentimiento, mixta o del asentimiento, que une la voluntad y la representación, para fundamentar el dolo, nuestra inclinación se debe, sencillamente, a que debido a sus postulados podemos abarcar todas las especies dolosas, y principalmente al dolo eventual, además que nos conduce a una comprensión mas exacta del dolo.

Ahora nos toca ver los elementos esenciales del dolo, nos ocuparemos de ello a continuación, veremos asimismo algunos puntos de vista de tratadistas distinguidos al respecto.

54.- Sebastian Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo II, Edit. Tea. Buenos Aires. 1953. Pag. 106 y 107.

c) ELEMENTOS DEL DOLO.

Una vez que hemos dejado precisado el concepto general del dolo y visto, aunque muy someramente, las teorías más importantes sobre los elementos esenciales del dolo, nos ocuparemos a continuación de estudiar los elementos intelectuales y emocionales que lo constituyen, en una forma más amplia y precisa, debido esto, a la importancia que dichos elementos representan para la determinación de las especies dolosas.

En realidad son dos los elementos que constituyen el dolo; el primero, es la representación del hecho y de su ilicitud; y el segundo, lo constituye la voluntad o la intención de producir el resultado; en conclusión elementos intelectuales y emocionales, o como los llama Luis Jimenez de Asua, "elementos efectivos". "...vamos a denominar elementos intelectuales, a los que así se designan por Mezger, mas no daremos el título de emocionales a los otros, para evitar posibles confusiones a quienes distinguen pasión y emoción, y consideran a esta subordinada a aquella. A lo intelectual se contraponen lo afectivo, por eso designamos a la segunda serie de los elementos del dolo con el título de "elementos afectivos". (55)

Otros juristas también denominan al elemento intelectual, ético, y psicológico, al emocional, pero en el fondo se refieren al conocimiento del hecho y a su significación antijurídica, así como a la voluntad de realizarlo. Castellanos Tena, por ejemplo, se encuentra entre el grupo que así denominan a los elementos integrantes del dolo.

En cuanto al conocimiento de la acción ilícita, es decir, de la antijuricidad del acto, aún es problema que algunos autores nos han superado del todo, recordemos que para algunos pensadores, la significación antijurídica no consiste en el conocimiento constitutivo del tipo legal del

55.- La Ley y el Delito. 8a. Edición. Edit. Sudamericana. Buenos Aires. Pag. 360.

delito, sino que solo basta que el sujeto conozca, que la acción que ejecuta, está prohibida, es decir, basta que su conciencia le advierta que ejecuta algo que está prohibido (Cuello Calón, Carranca y Trujillo). Otros exigen la conciencia de la violación del deber, la cual debe entenderse, no en el sentido jurídico, sino cultural, no es la conciencia de la antinormalidad, sino la conciencia del deber de violar la norma (Jimenez de Asua). En cambio otros rechazan la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo, es decir, para este grupo, obra el dolo el que comete una infracción con conciencia y voluntad, aún cuando falte en el sujeto la conciencia de que obra en contra del Derecho, positivo o no.

Para nosotros, el problema del conocimiento de la antijuricidad del acto, se resuelve fácilmente, no le encontramos mayor importancia, si tomamos en cuenta que un hombre normal, es decir sujeto a derecho, tiene en su conciencia el conocimiento mas elemental del bien, y del mal, es decir, sabe cuando algo está prohibido, y cuando algo está permitido, por ejemplo, todos sabemos que está prohibido matar, robar, etc. Aunque desconozcamos que dicha prohibición está plasmada en tal o cual artículo, de este o aquel Código u Ordenamiento jurídico.

ALGUNAS OPINIONES SOBRE SUS ELEMENTOS.

Comenzaremos con Pessina, quien admite dos elementos: "I.- Que el hombre haya previsto el delito, consecuencia de su movimiento y II.- Que haya querido moverse". (56) Para este autor afiliado a la Escuela Clásica, y a la Teoría de la Voluntad, la ausencia del primer elemento destruye la determinación de la voluntad, y la falta del segundo, trae como consecuencia la ausencia de contenido volitivo de la acción. Como se nota, este penalista ve en el elemento volitivo la esencia del dolo, de ahí que se encuentre dentro del grupo de los pensadores afiliados a la Teoría de la Voluntad.

56.- Pessina. Elementos de Derecho Penal. Reus. Madrid. Pág. 334. 1936.

Otro autor que considera como elementos constitutivos del dolo, los mismos que Pessina, es Maggiore, señalando que son: "I.- La previsión (o representación del resultado) y II.- La volición de él, agregando que si falta alguno de estos elementos, no podrá hablarse de dolo. Señala mas adelante que no basta la voluntad, es decir, que ambos elementos deben concurrir para la existencia del dolo, porque siendo esenciales, faltando uno de ellos, no puede hablarse de la configuración del dolo". (57)

Uno de los pocos pensadores que consideran tres elementos para la existencia del dolo es Von Liszt, destacado defensor de la Teoría de la Representación, para él, los elementos son: I.- La representación de los hechos y circunstancias del acto; II.- La previsión del resultado; y III.- La representación de la causalidad del acto, para los delitos de comisión, y la representación del no impedimento del resultado, en los delitos de omisión, también señala la necesidad de tomar en consideración la significación antisocial del hecho de poder concluir o construir una noción del dolo dentro del Derecho Penal; pero asimismo niega el valor que le ha pretendido dar al elemento voluntad, otorgandosele totalmente al elemento previsión o representación para formar la noción del dolo dentro del ambito del Derecho Penal. Recordemos, al respecto que, los que siguen la Teoría de la Representación, dan por implícito en este concepto el elemento volitivo, puesto que quien ejecuta el hecho teniendo representación de él, actúa voluntariamente.

Para Beling, también son tres los elementos que concurren a la formación del dolo: parte de la voluntad sin desconocer la representación en la formación del dolo y la conciencia de la antijuricidad, y la cual considera indispensable para la formación de dicho precepto. Señala que el agente es consciente de la antijuricidad, cuando sabe, que conforme a nuestro orden jurídico, no debe de obrar como obra, es decir, que se haya en contradicción con la voluntad común denominante del Estado. No es necesario que el autor haya tenido presente específicamente nuestro ordenamiento jurídico positivo, basta que, como lego, haya asociado el orden moral y de buenas costumbres con el ordenamiento jurídico, o el orden jurídico exterior con el nuestro". (58)

57.- Maggiore. Obra citada. Pág. 576 y 577.

58.- Beling. Esquema de Derecho Penal, II Ed. Buenos Aires 1944. Pág. 77.

En síntesis, para Belling, son elementos del dolo: I.- La representación del hecho; II.- Su significación antijurídica y; III.- La intención o voluntad de llevarlo a cabo.

Por su parte De Miguel Garcialopez, estima que los elementos del dolo son dos: I.- La representación o previsión del hecho (elementos intelectual) y la volición del mismo (elemento volitivo). El primero, el intelectual, "...consta del conocimiento de la acción, del resultado y de la relación de causalidad existente entre la acción y el resultado. Mas para la mayor parte de los autores -advierte- no basta el conocimiento del hecho, sino que es necesario conocer su significación contraria a la Ley (Carrara, Binding), antijurídica (Mezger, Maggiore, etc.), antisocial (Von Liszt) o contrario al deber (Belling)."(59)

Mas adelante el jurista mencionado señala que: "...no falta quien sustituya a este conocimiento por la simple posibilidad de conocer que el hecho tenga dicha significación antijurídica o contraria al deber (Merkel, Mayer, Frank, Hippel); ni quien prescindiera de esta investigación en vista de que los delitos representan violaciones de la moral mínima, conocida a todos y constituyen lesiones o peligros para los intereses o derechos de otros, por lo cual no es seriamente admisible, que un individuo dotado de capacidad en Derecho Penal, al cometer un hecho previsto por la Ley como delito, pueda proceder sin tener por lo menos duda sobre la legitimidad del mismo (Manzini)."(60) Como se aprecia de la transcripción anterior, para Garcialopez, es imprescindible el elemento ético como complemento de la representación o previsión, así como de la voluntad de la acción.

Tambien para Eusebio Gomez, el dolo se integra por dos elementos: "...voluntad de ejecutar el acto y previsión de su efecto, de esta forma se configura la acción psíquica, que tiene, dentro de la concepción de Ferri, un contenido conceptual de una gran gama, que no podemos identificar con el elemento subjetivo del dolo, debido esencialmente a que comprende, no solo la intención delictuosa, esencia característica de los delitos dolosos,

59.- Garcialopez. Derecho Penal. 1a. Edición. Madrid 1940. Pág. 142.

60.- Manzini. Citado por Garcialopez. Op. Cit. Pág. 142.

sino además, la voluntad más o menos normal, o impulsividad, el defecto de atención que constituye el delito culposos o involuntario, la conciencia con voluntad no desarrollada en virtud de la minoría de edad, o bien algunas situaciones que colocan al sujeto en estado de inimputabilidad por debilidad mental, sordomudez, ebriedad, pasiones, etc. Así como los actos inconscientes que realiza".(61)

Por su parte, Castellanos Tena, sostiene así mismo la existencia de dos elementos constitutivos del dolo, señala: "El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico, consiste en la voluntad de realizar el acto, en la violación del hecho típico".(62)

De acuerdo a la definición que da el maestro español, Jiménez de Asua, concluimos que los elementos del dolo son: el conocimiento del hecho y de su significación antijurídica y la voluntad de realizarlo, es decir, tanto la acción como el resultado, recordemos la definición: "Existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica".(63)

El primer elemento, el conocimiento del hecho, que se identifica con el intelectual o ético, a que se refieren otros autores, comprende tanto el conocimiento del hecho, en su aspecto material, como el conocimiento de la acción antijurídica del propio hecho. El famoso jurista español, considera que tiene carácter esencial el elemento ético para la estructuración del dolo, y la objeción de que solo los Técnicos del Derecho sean capaces de tener tal

61.- Eusebio Gomez. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Buenos Aires 1939. Pág. 433.

62.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Iia. Edición. Edit. Porrúa. México 1977. Pág. 239.

63.- Jiménez de Asua. Op. Cit. Pág. 365.

conocimiento de los hechos y de su significación, no resiste a una bien cimentada crítica, ya que dicho conocimiento no debe de ser de una manera eminentemente profana, y no técnica, dice textualmente: "La objeción antes recordada, de que solo los técnicos podrían cometer infracciones con dolo y que también podría invocarse, en cuanto al conocimiento de la antijuricidad, queda desprovista de valor si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y de lo antijurídico. Todos, aún los más ignorantes en mecánica, sabemos lo que es un automóvil, y nadie ignora lo que es una pulmonía, aunque no se hayan hecho estudios médicos. Lo que nosotros sabemos del automóvil y de la enfermedad, no es la manera profunda y acabada como el técnico la conoce. Nuestro conocimiento es profano. Pues bien, debemos exigir como elementos del dolo, el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica con lo que se han salvado todos los escollos". (64)

De la definición que establece que el dolo es: "La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la Ley prevé como delito", señalada por Eugenio C. Calón, encontramos, además del elemento volitivo, otro elemento, el intelectual, dice el mencionado jurista: "El dolo, además del elemento intelectual constituido por la representación o conocimiento del hecho. Así pues, son dos elementos constitutivos del dolo: I.- Previsión o conocimiento del hecho; II.- Su volición. Es menester -dice- la concurrencia de ambos, si falta alguno de ellos, no es posible hablar de dolo". (65)

Carranca y Trujillo, señala para existencia del dolo también elementos intelectuales y elementos emocionales: "El elemento intelectual es el conocimiento y previsión del resultado, pueden ser objetivos, subjetivos o normativos. Así v. gr., en el caso del robo, que la cosa sea ajena, y en el caso del parricidio, el conocimiento del parentesco con el pasivo. Por ello es consecuencia lógica que no sea imputable, al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito. Por último también la previsión de que el hecho no está excluido de responsabilidad, o sea que es injusto, pues la no prevención

64.- Idem. Pág. 362.

65.- Cuello Calón. 9a. Edición. Edit. Nacional. México 1976. Pág. 372.

dá lugar al error. Pero no se requiere para que el dolo exista, conocer las circunstancias subjetivas que son fundamento de la imputabilidad del propio sujeto activo, v. gr., si es mayor o menor de dieciocho años, y por lo tanto penalmente responsable".(66) Así mismo es elemento intelectual del dolo, el conocimiento de que el resultado es ilícito, es decir, conocimiento de la antijuricidad del acto; también es elemento intelectual, la contemplación de todas las consecuencias objetivas de la acción, o sea, conciencia suficiente de la acción misma en los elementos que la integran y de los elementos esenciales del resultado".(67)

El elemento emocional para este jurista mexicano, está determinado por la viciada voluntad de causación, es decir, la intención dañada de efectuar un acto contrario al Derecho.

66.- Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México 1977. Pág. 402.
67.- Idem Pág. 402.

ANALISIS DE SUS ELEMENTOS INTELECTUALES.

De las ideas que hemos plasmado en el apartado anterior, indica que la mayoría de los autores estiman que son elementos constitutivos del dolo: I.- La representación del hecho y su ilicitud y; II.- La voluntad o la intención de producir el resultado.

I.- El conocimiento de los hechos:

Mezger afirma que: "...el actuar doloso exige conocimiento y previsión de los hechos fundamentadores de la pena".(68) Es decir, podemos establecer que una acción puede decirse dolosa, solo cuando quien la ejecuta tiene pleno conocimiento de los hechos que se hayan dentro del tipo legal, y que dicho autor, debe representarse el resultado final, es decir, que el sujeto debe prever la relación de causalidad entre el resultado de dicha acción y la realización de la misma. Lo anterior no significa, sin embargo, que el agente se represente solo el acto último, consecuencia de su acción, sino que debe representarse todos los actos intermedios que van desde la acción al propio resultado, o sea, que el sujeto no solo se debe representar el hecho tal como se dará como consecuencia de su acción, sino además debe, en su previsión, tener presente la cadena de circunstancias causales que habrán de concurrir para producir, en última instancia el resultado que previamente se ha representado y se ha querido, ya que en determinados casos el error hace que la actuación no sea dolosa, por ejemplo podemos señalar, el desconocimiento del sujeto activo referente a que su acción no se dirige realmente contra el objeto que el pensaba, si dicho objeto contra el que el creía dirigirse en contraste al realmente atacado, hubiera representado para el autor una circunstancia de exclusión o atenuación de la pena (robo contra un ascendiente en línea directa); pero en cambio, cuando el error, ya sea en el objeto o persona, no significa una desviación esencial en el fin representado, la actuación del autor es considerada como dolosa, sirve de ejemplo cuando una persona dirige su acción

contra un objeto o contra una persona, confundiéndolo contra el que quería atacar, en este caso la actuación sigue siendo dolosa, porque el error no destruye los elementos esenciales del dolo v. gr., si un individuo se propone matar a su más grave enemigo, lo acecha y lo reconoce por un abrigo verde que el enemigo tiene, la dispara al verlo salir de su casa, pero resulta, que no era su enemigo, sino el hermano de, este que se puso ese día el abrigo de su hermano; claro está, que en este caso no se destruye la presunción del dolo, y que este homicidio se reputara como intencional, porque el delito de homicidio no consiste en matar a Juan Perez o Jesus Garcia, sino a un hombre, y como se tuvo la intención de matar y ha matado, no se destruye tal intención con el error que cometió, surgiendo la presunción del actuar doloso. Con este ejemplo lo que queremos es reafirmar el criterio expuesto anteriormente de que no se destruye el dolo cuando el error es accidental, es decir, porque no hay desviación esencial del proceso causal representado por el agente.

El maestro Carranca y Trujillo, al referirse a lo tratado en este párrafo, establece: "...también constituye el elemento intelectual el conocimiento de que el resultado querido es ilícito, o sea, que se tiene una significación antijurídica, es injusto. No quiere esto decir, que se conozcan todos los elementos constitutivos del tipo legal de delito, como lo quería Carranca, pues bien basta con conocer que la acción está prohibida, o sea que tiene una significación ilícita".(69)

Cuello Calon establece que: "El conocimiento o representación del hecho abarca: I.- La representación o conocimiento de elementos objetivos integrantes del delito, así por ejemplo en el hurto, el delincuente debe saber que la cosa que toma es ajena; en el adulterio, que la mujer con la que se tiene relación sexual, es casada. La representación del hecho no se refiere a sus circunstancias subjetivas, así es diferente que el agente crea erróneamente que es menor de edad penalmente y por lo tanto inimputable, o que gozando de salud mental, se crea enajenado, tampoco se refiere al grado de participación en el delito. V. gr., si obra como inductor o como cómplice; ni al desarrollo alcanzado por el hecho, por ejemplo, si comete una tentativa o un delito consumado".(70)

69.- Carranca y Trujillo. Obra citada. Pág. 402.
70.- Cuello Calon. Obra citada. Pág. 372.

II.- El significado de los hechos:

Para que el actuar del agente sea doloso, no basta solo el conocimiento de los hechos sino que es menester tambien el conocimiento del significado de los hechos.

Al respecto Mezger nos aclara esta idea al afirmar que: "...el sujeto debe haber conocido la significación de las diversas características del tipo, dando a entender con ello que cuando abusa de un demente, ese alguien se dá perfecta cuenta y es consciente de que su víctima esta perturbada de sus facultades mentales, y para ello no es necesario el conocimiento de los síntomas de ese caso patológico ni tampoco el diagnóstico respectivo, ya que se dá cuenta de la significación característica del tipo". (71)

En cuanto al conocimiento de que viola el deber, algunos de los autores están de acuerdo en que es necesario que el sujeto tenga conciencia del tipo al cometer un acto doloso; de admitir esto, forzosamente tendríamos que aceptar que quien cometiera un delito debe saber que este se encuentra plasmado en tal o cual artículo, lo que sería utópico admitir, ya que esto presupondría que todos los individuos que cometan un delito, tendrían que conocer el derecho escrito, o sea que solo actuarían dolosamente quienes conocieran la ciencia Jurídico-Penal, entre los pensadores que siguen esta doctrina se encuentran entre otros, Bindign, Belling, Mezger, etc.

Por otro lado existen pensadores como Mayer Schmidt, que juzga indispensable que exista la conciencia de la antijuricidad como elemento ético del dolo, y desde este punto de vista toda persona que cometiera un hecho delictuoso obrando con dolo, debería saber que era antijurídico.

71.- Obra citada. Pág. 148.

Cuello Calon está de acuerdo con los pensadores que siguen estos lineamientos al establecer que: "...la representación del sentido del hecho comprende el conocimiento de su significación respecto del orden jurídico, es decir, el conocimiento de la antijuricidad del acto. Mas esto no significa que el agente deba conocer que su acto constituye la figura del delito definida en tal o cual artículo del Código, ni que conozca la pena conminada, basta que su conciencia le advierta que ejecuta algo que está prohibido. Tratándose de hombres normales, no es posible que procedan las ejecuciones de la mayoría de los delitos (robos, asesinatos, falsedad, etc.) sin que su conciencia les advierta la calidad moral de estos hechos y su contradicción con el orden jurídico. Basta esta conciencia para que pueda hablarse de la existencia del dolo". (72)

En consecuencia podemos concluir, que como la antijuricidad de la conducta o del hecho es característica esencial del delito, resulta evidente, que, para que la actuación resulte dolosa, el agente debe tener entendimiento de la significación antijurídica del acto que ejecuta, de ahí que se afirma que no basta la representación del hecho o su conocimiento, sino además que se tenga conciencia de la ilicitud, pero esta conciencia de actuar contra el deber, debe entenderse cuando se dirige, de acuerdo con su naturaleza, contra las normas del derecho, y no en un sentido no jurídico, como oposición a los mandatos de la moral, la cultura, la ética, de las costumbres, etc., a pesar de que a menudo se confunden estas con aquellas.

Otros autores sostienen que no es requisito para la existencia del dolo la conciencia de la antijuricidad del acto, criterio que como hemos repetido en varias ocasiones, no aceptamos, ya que con ello se renuncia también al dolo como forma de la culpabilidad, ya que esta no puede concebirse sin un conocimiento de la significación. Para la existencia del dolo sí es necesario el conocimiento de la antijuricidad del acto, mas no el conocimiento de la punibilidad del mismo, en virtud de que no es necesario que el agente sepa que la realización de su acto constituye determinada figura del delito descrita en la Ley y que contiene determinada punibilidad, sino que es suficiente que sepa que ha cometido un acto violatorio de un interés jurídicamente protegido, es decir, conciencia de lo que ha realizado.

ANALISIS DE SUS ELEMENTOS EMOCIONALES.

Hemos afirmado en líneas precedentes que el dolo requiere no solo del conocimiento de los hechos y de su configuración antijurídica, sino también de la concurrencia del elemento volitivo o emocional, identificado con la voluntad.

Luis Jimenez de Asua establece, que a pesar de que la Teoría de la Voluntad es la más sencilla, y en orden cronológico de aparición, la más antigua, no basta ella sola, es necesario apoyarse en la Teoría de la Representación, así en la Escuela Clásica con Carrara, encontraremos que el dolo no es sino la voluntad de ejecutar un acto, no importando ni aludiendo a la voluntad de causar un daño, sino el de ejecutar un acto; aparece después la Escuela Criminal Positivista, y Ferri nos dice que no basta la conciencia y la voluntad, sino que es necesario el análisis de la voluntad, la atención y el fin para que exista el dolo. Se puede disparar un revolver queriendo matar o se nos dispara casualmente, el acto es el mismo, pero diferente en cuanto al problema doloso, ya que si se nos dispara casualmente no habrá dolo, pero para que haya dolo de homicidio, no basta solo dispararlo, sino que tenemos que hacerlo con la intención de matar, y aun no basta, se dispara para matar por venganza o por defensa, de manera que para que exista dolo de homicidio, es necesario primero, afirma el citado tratadista: "...hemos dicho que a nuestro juicio deben unirse la Teoría de la Voluntad y de la Representación, para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Hemos repetido que el enajenado y el menor obran con voluntad aunque no con dolo. Del mismo modo debemos separar deseo e intención, podemos tener afán de que una persona muera y, aunque obtengamos el resultado, puede no ser este doloso. Ello se ve muy bien en el ejemplo que se haya en los casos de Von Franz Liszt. Un sujeto invita a otro a que se guarezca bajo un árbol en un día de tormenta, con el fin de que un rayo lo fulmine. Si la chispa eléctrica lo mata, no podríamos, ciertamente, construir un homicidio doloso. En suma, el deseo no puede identificarse con el dolo. De igual modo un sujeto puede no desear la muerte de otro, mas por estar está indisolublemente ligada, como consecuencia a la acción que quiere y que desea, ha de ser aceptado por

dolo si inexorablemente se produce".(73)

Cuello Calon nos dice que: "Dolo no es solo prevision del hecho, sino tambien voluntad de ejecutivo, voluntad que esta dirigida a un determinado fin, pero este fin o motivo de la accion, cualquiera que sea su caracter social o antisocial, moral o inmoral, es ajeno al dolo y no puede confundirse con este".(74)

Sin perder de vista que con plena conciencia el sujeto esta en condiciones para actuar, en virtud de su libertad de accion, impulsado por un querer arbitrario tratandose de conductas motivadas por esos querer, hablando de acciones y omisiones, plenamente voluntarias nacidas del conciente. Esta misma idea aplicada en el ambito del dolo, nos lleva a precisar que la voluntad tiene como contenido, en esta especie de culpabilidad, la representacion previa del sujeto del hecho que desea realizar de su significacion y de su actuar como consecuencia de ese poder de arbitrio para realizarlo o no, aqui aclaramos que cuando hablamos de la voluntad de la accion damos a esta ultima un sentido nato, comprensivo tanto de accion en sentido estricto, como de la omision, es claro que el contenido de la voluntad no puede ser otro, sino el conocimiento de los hechos y de su significacion antijuridica. Ahora bien, de acuerdo con las ideas expresadas anteriormente, se dice que un sujeto actua dolosamente cuando no solamente se ha representado y por lo tanto conocido, la significacion material del hecho, sino ademas cuando ha prolongado el conocimiento material a la estructura legal de la figura delictuosa para comprender en su conciencia la ilicitud de la misma.

Hay voluntad cuando el sujeto actua u omite intencionalmente, previa representacion y modificacion del fin, asf en el dolo siempre se requiere una representacion previa del hecho y, por otro lado la conciencia de la ilicitud del mismo, para poder dirigir la accion o la omision a ese fin predeterminado.

73.- La Ley y el Delito. Obra citada. Pag. 363.

74.- Derecho Penal. Obra citada. Pag. 374.

CAPITULO CUARTO

" LA CULPABILIDAD "

a) FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD:

Referente al fundamento de la culpabilidad señala Carranca y Trujillo que: "Está en las condiciones que determinada conducta es producida, llenado el tipo legal, condiciones que prueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por este y amerita un juicio de reproche".(1)

En los últimos años se ha discutido a la peligrosidad con fundamento en la culpabilidad, pero este concepto ya es bastante centenario en el sentido de que ya Feuerbach, se ocupó de él. Para algunos, la peligrosidad es la capacidad de una persona de llegar con probabilidad autora de un delito para otros, en cambio, considerada subjetivamente, es la aptitud, la inclinación, la tendencia del individuo que comete un delito, para volver a delinquir, y objetivamente se traduce en la alarma o preocupación que un individuo despierta en los ciudadanos. Luis Jimenez de Asua se adhiere a la primera definición al considerar la peligrosidad como: "Una relevante posibilidad, una probabilidad de un evento temido".(2)

Cuello Calon señala que modernamente se distinguen dos clases de estado peligroso, uno por estados predelictivos, en donde se encuadran los infractores degenerados o normales, por antecedentes o por hábitos, aquí encuadran los vagos, los mendigos, las prostitutas, etc. y los estados postdelictivos que son los que se comprueban por la infracción penal misma que resulta de un fenómeno social y humano, es decir, consisten en haber cometido o tratado de cometer un delito".(3) Nuestro Código Penal, tratando de

1.- Op. Cit. Pág. 391.

2.- Cfr. El Estado Peligroso. Madrid. 1922. Pág. 42.

3.- Cuello Calon, Derecho Penal 9a. Edición. Editorial Nacional. México. Pág. 365 y siguientes.

encuadrar a la peligrosidad social, crea el delito de vagancia y mal vivencia, en su artículo 255, estableciendo que: "Se aplicará sanción de dos o cinco años de prisión, a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada, y tengan malos antecedentes", "...se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo, ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad y explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador o sin licencia". Así mismo el artículo 256 del mismo Ordenamiento señalado, preceptua otro estado de peligrosidad al señalar: "a los mendigos a quienes se aprehenda con un disfráz, o con armas, ganzúa, o cualquier otro motivo que de motivo para sospechar, que tratan de cometer un delito, se le aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedarán sujetos durante el tiempo que el Juez estime pertinente, a la vigilancia de la Policía".

b) DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPABILIDAD.

Para determinar la naturaleza jurídica de la culpabilidad se han elaborado diversas teorías, las cuales pueden reducirse a dos: La doctrina psicológica o psicologista; y la normativa o normativista. Expondremos a continuación, en forma breve, los postulados sobresalientes de cada una de estas tendencias.

a).- Teoría Psicológica o Psicologista.- Se han considerado que la esencia misma de la culpabilidad consiste en una relación de carácter psicológico, existente entre el sujeto imputable y el hecho antijurídico.

"Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad; ya supuesta; la esencia de la culpabilidad, consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso".(4) Lo cierto es que la

4.- Fernando Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 11a. Edición. Edit. Porrúa. México. 1977. Pág. 232.

culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jimenez de Asua, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta".(5)

El jurista Luis Fernandez Doblado expresa: "La culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible y como tal, su estudio supone un análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso".(6)

b) Teoría Normativa o Normativista.- Luis Jimenez de Asua, afirma que: "La imputabilidad sí es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa, puesto que su contenido es un reproche".(7) Considera que solo cuando se hace el juicio de reprobación es cuando surge el concepto de culpabilidad, es por esto que podemos afirmar, que la Teoría Normativista, se basa en un juicio de reproche, es decir, exige al individuo capacitado conducirse acorde al deber, solo obliga al sujeto imputable, que en el caso concreto debe comportarse de acuerdo a lo mandado. Para esta teoría, la culpabilidad no radica simplemente en el nexo psicológico entre el autor y su acto, ni se ve solo en la psique del autor, sino que es valoración en un Juicio de Reproche, de ese contenido psicológico.

Reinhart Maurach, jurista alemán contemporáneo, escribe: "culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochara el autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aún cuando podría comportarse conforme al derecho, aún cuando podría decidirse en favor del Derecho.

S.- Celestino Porte Petit. Citado por Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. Pág. 233.

6.- Culpabilidad y Error. México 1960. Pág. 24.

7.- La Ley y el Delito. Op. Cit. Pág. 355.

Este juicio normativo, está justificado en la misma medida, tanto el agente doloso, como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado consistentemente contra los mandatos del Derecho; en el último, se le hace patente que por descuido ha infringido las exigencias impuestas por la vida social". (8)

Por otro lado, cabe advertir, que tanto la teoría psicologista como la normativa, están de común acuerdo de que el delito, objetivamente considerado, debiera estar en desacuerdo con el Derecho, pero también es necesario que el autor se encuentre en contraposición con el orden jurídico, es decir, que el desvalor del acto, se extiende al desvalor del sujeto.

Por nuestra parte nos afiliamos al criterio de los psicologistas, por considerar que una conducta se reprocha por ser culpable, mas no adquiere este último carácter porque haya de ser reprochada. En virtud de la ejecución de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, el Estado emite un juicio de reprobación y hasta impone penas, lo que significa que el aludido juicio, no constituye parte esencial del delito, sino que por existir este, se dicta aquel.

8.- Reinhart Maurach. Citado por Fernando Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Iia. Edición. Edit. Porrúa. México. 1977. Pag. 235.

c) INculpABILIDAD:

(Ausencia de Culpabilidad)

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Para Luis Jimenez de Asua, la definición más usual consiste en decir que: "Tales causas de exculpación son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo, podríamos aclarar diciendo que, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche".(9) Para este penalista existen dos clases de causas de inculpabilidad, según la concepción normativista, a saber: a) el error con sus especies y variedades; y b) la no exigibilidad de otra conducta.

En cuanto a este aspecto, Castellanos Tena, de acuerdo a su concepción psicologista, establece que: "Lo cierto es que la inculpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad" ...Pero al hablar de la inculpabilidad en particular o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable... La culpabilidad debe referirse a esos dos elementos, intelectual y volitivo. Toda causa eliminatória de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Para muchos seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades, el error y la no exigibilidad de otra conducta. Por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues, el Código Mexicano se afilia a la Teoría psicologista. En estricto rigor, las causas de la inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca al elemento intelectual), y la coacción sobre la voluntad (afecta al elemento volitivo). Algo se anula y no puede integrarse al faltar, uno o más de sus dos elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad, en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos".(10)

9.- Op. Cit. Pág. 389.

10.- Op. Cit. Pag. 253 y 254.

Para nosotros la no exigibilidad de otra conducta, no afecta ninguno de los dos elementos de la culpabilidad, no podrá traer como consecuencia la desaparición del delito, por la anulación del elemento subjetivo, ya que la no exigibilidad de otra conducta, podrá dar lugar a la creación de una causa absolutoria, pero no a la desintegración del delito, cuyos elementos permanecen inalterables..

d) FORMAS DE LA CULPABILIDAD:

Tradicionalmente se ha considerado que la culpabilidad reviste dos formas, el dolo y la culpa. Pero hay autores que manifiestan su criterio en el sentido de que existe una tercera especie o forma: la preterintención.

De la definición de culpabilidad que hemos admitido, fácilmente se comprende, que se puede delinquir, encaminando la voluntad al hecho típico y antijurídico (dolo), o por no poner en práctica las cautelas y previsiones necesarias exigidas por la Ley (culpa), o como señala Castellanos Tena, dolo y culpa: según el agente dirija su voluntad conciente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado, para la vida gregaria (culpa). En el dolo, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa conciente o con previsión, se ejecuta el acto, con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible, existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa, como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico".(11)

Por su parte Ignacio Villalobos, dice que: "La culpabilidad, es la rebeldía del sujeto contra orden jurídico y ante los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención, nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno, frente a los propios deseos de la culpa".(12)

El Código Penal Mexicano, expresamente considera estas dos especies o grados de la culpabilidad, al

11.- Op. Cit. Pág. 236.

12.- Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa. México 1960. Pág. 272.

establecer textualmente en su artículo 8: "Los delitos pueden ser I) Intencionales; II) No intencionales; III.- Preterintencionales.

El dolo (intención) y la culpa (negligencia), ambos tienen por fundamento la voluntad del agente, sin intención o sin negligencia, sin dolo o sin culpa, no existe el hecho punible, pues así lo establece el artículo 15 en su fracción X, al señalar como circunstancia excluyente de responsabilidad: "Causar un daño por mero accidente, sin intención (dolo), ni imprudencia (culpa) alguna, ejecutando un hecho lícito, con todas las precauciones debidas.

La Preterintención.- Como ya indicamos antes, hay autores que consideran la preterintención como una tercera especie de la culpabilidad, la cual se integra mediante la suma del dolo y de la culpa; dolo, respecto al resultado querido por el agente, y culpa, por cuanto al evento realizado. Es decir, se hable de preterintención si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Porte Petit dice que: "El Código Penal Mexicano incluye las tres formas de culpabilidad, el dolo en el artículo 7, la culpa en el 8, y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin, en la fracción II del artículo 9, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, regulada en el Código como dolosa, lo cual equivale a decir que, el delito es intencional sin serlo". Para Rodolfo Chavez Sanchez, es inexacto que la fracción II del artículo 9 del Código Penal, considere como doloso a delitos carentes de ese carácter; el precepto exige, para la subsistencia de la presunción del dolo, que el resultado no querido sea consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión, o bien, el agente prevista o haya podido prever, esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión o estar al alcance común de las gentes...". Juan Jose Gonzalez Bustamante, asegura que la Ley Penal del Distrito no contempla la preterintencionalidad, pues el artículo 8 solo alude al dolo y a la culpa, y con una tendencia dogmática se advierte, que en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo), o se desea, pero surge por la actuación descuidada e imprudente del agente (culpa), sin ser dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta" (13)

13.- Porte Petit. Rodolfo Chavez S. Juan Jose G. Bustamante, etc. citados por Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México, 1977. Pág. 237.

El jurista Castellanos Tena afirma que: "Nosotros también creemos que no es posible hablar de una tercera especie de culpabilidad, participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad conciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente; mientras la segunda se configura cuando se obra, sin esa voluntad, de producir el resultado, por este se realiza por la conducta imprudente, impericia o negligente del autor". (14)

Nosotros seguimos, por nuestra parte, el criterio de quienes convienen que no es posible hablar de una tercera forma o especie de la culpabilidad, en el concepto de que, no se pueda admitir la mezcla de las dos especies fundamentales de la culpabilidad, el dolo y la culpa, ya que el delito se comete o por dolo o por culpa, aún a pesar de que el primero puede, el resultado ser mayor del que pudo ser racionalmente previsto y evitado.

Con las últimas reformas al artículo octavo del Código Penal, se añadió la preterintencionalidad como un grado de la culpabilidad, y le da la idea de ser una acción intencional o dolosa, con un resultado mayor del deseado.

La característica de la preterintencionalidad en el delito, como lo sostiene el maestro Carranca, va más allá de la distinción fundamental entre delitos dolosos y culposos, que es la base. Su presencia en la Ley nada añade ni nada quita. Y lo que no enriquece estorba o es absolutamente inútil.

"En suma, a mi me parece que esta adición de la preterintencionalidad, que obviamente no es ninguna novedad en la doctrina, constituye una especie de apéndice inútil en la Ley vigente; apéndice que, por desgracia se ha incrustado en la fracción III del artículo 20 Constitucional". (15)

14.- Op. Cit. Pág. 237 y 238.

15.- Raul Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. Pág. 39. 1985.

CAPITULO QUINTO

"LA INTENCION DELICTUOSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO"

a) EL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL CODIGO PENAL.

Los derechos con que el hombre nace, por este solo hecho, son inmutables y por eso constan en las Constituciones de naciones civilizadas; pero en lo fundamental para ejercerlos estriba su inmutabilidad, sean o no practicables. De aquí la diferencia, muchas veces esencial, entre las Constituciones.

Como Código fundamental deben tener la solidez bastante para asegurar su integridad por el mayor tiempo posible, y es así como también para salvarlas de vaivenes políticos, de agitaciones y de maniobras insanas, que nada tengan que ver con el bien público, se consignan en ellas severos requisitos a que debe sujetarse toda reforma.

Otras veces, una Constitución perdura satisfaciendo menos las ansias populares a medida que el tiempo avanza, no debido naturalmente a su bondad, sino a que el poder que se aferra por la fuerza bruta no conciente reforma alguna tendiente a mermar la opresión en bien de la comunidad, y ni siquiera cumple lo que garantiza en parte los derechos del pueblo, y es entonces cuando este, cansado de soportar el yugo que lo oprime, se lanza al esfuerzo supremo, que es la revolución. Esfuerzo de vida o muerte; prefiriendo esa graves disyuntiva, mejor que continuar existiendo esclavizado.

La Constitución de 1857, fue formulada por egregios varones que fijaron en su obra principios consagrados hasta entonces para garantizar, la libertad humana, pero faltando otros, necesarísimos, imprescindibles, para hacer posible esa garantía. Libertad, igualdad y fraternidad: era aún la influencia de esta divisa hermosa; pero sin posibilidades para realizar su gran significado.

Por esto fue fácil para los encargados de cumplirla, hacer nugatoria su base por los que durante la dictadura porfiriana y esto se declararon poseedores de la ciencia, y a quienes se les dio con el nombre de "científicos", la llamaron "traje de ciencia" para el pueblo mexicano: ¡claro! un traje imposible por un pueblo que solo podía cubrirse con harapos.

Entonces ese "traje", por no poder ser usado no cubrió al pueblo mexicano contra las injusticias de todo género, y sus mas caros derechos no quedaron a salvo.

Entonces sí que no había libertad de creencias, ni de expresión, ni de reunión. Y ¡hay, de aquel que osara manifestar su inconformidad con el régimen establecido! la cárcel, el destierro o la tumba eran el premio a su osadía.

La República era un gran feudo con algunos lugares de importancia, contandose en primer término la Capital, donde se encontraba la comodidad, la riqueza, el fausto; los centros culturales, los edificios suntuosos, y en el resto del país la miseria, la esclavitud, la choza insalubre, la carencia de escuelas, cruel contraste que ponía de manifiesto con más duros relieves la inhumana existencia de la mayoría de la nación.

Por eso el pueblo mexicano llegó a la desesperación y fue a la Revolución de 1910 llevando como bandera "sufragio efectivo, no reelección", porque se creyó que con la libertad de elegir y con no reelegir se conseguían todas las necesarias libertades, no importando que las bases fundamentales que hasta entonces las sustentaron, permanecieran intactas.

Pero una Revolución no es una Revolución cuando no crea, cuando no transforma, cuando no remueve desde los cimientos un orden establecido, y por esto fue fácil derrocarla y sacrificar vilmente al apóstata Madero, por sus enemigos; muchísimos de los cuales figuraban en ella hasta con puestos prominentes.

Este golpe brutal no podía acabar con el anhelo de liberación siempre latente en el espíritu público, por la misma necesidad imperiosa de disfrutar de una verdadera vida, y en 1913, acaudillado por ese hombre fuerte, digno y patriota, Venustiano Carranza, el pueblo se lanzó de nuevo a la lucha.

Esta revolución se llamó Constitucionalista porque su bandera fue la defensa de la Constitución, hasta entonces escarnecida y burlada; porque era necesario hacer respetar nuestras leyes fundamentales; pero sin que se interpretara que la defensa de la Constitución implicara no hacerle reforma alguna al triunfar la lucha por ella, cifiéndose a los preceptos que para el caso establecía.

Triunfante la revolución del trece, el C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, convocó en 1916, al pueblo mexicano a elecciones para el Congreso Constituyente. Congreso al que había de darle a conocer su proyecto de reformas a la Constitución del 57, en cumplimiento del ofrecimiento, que hiciera desde Veracruz el año de 1914, y en el cual, como lo expuso en su exposición de motivos, tuvo muy en cuenta el sentir popular y la dolorosa experiencia adquirida.

La elección se hizo sin presión alguna y sin recursos de mal genero que hubieran puesto en duda la libre emisión del voto.

A los eruditos, a los estudiosos de la ciencia jurídica -de dentro y de fuera de México- les desconcerto. Fracasaron en su empeño de catalogarla como producto de una filosofía social determinada. Y es que estaban en ella los derechos del hombre, las garantías individuales proclamadas por las grandes revoluciones anteriores; pero, también con igual rango, los derechos de las clases más numerosas y desvalidas, las garantías sociales y con jerarquía suprema, los derechos de la Nación.

En cuanto a los Derechos del Hombre, estos quedaron consagrados como garantías individuales, en un lugar de honor. Se conservaron en el mismo sitio que les destinara la Constitución del 57; el Primer Capítulo de la Carta, que comprende bajo el rubro "De las Garantías Individuales" los artículos del 10. al 29. Pero no se hizo de ellos un mero traslado, sino que fueron fecundados por la exigencia

revolucionaria de hacerlos más eficaces, más operantes, derivando en algunos casos, en verdaderas garantías sociales, tutelares de las clases económicas débiles, cuya igualdad frente a las más fuertes es a todas luces irreal.

Se esta frente a una cuestión doctrinaria que es necesario subrayar; los derechos humanos no habrán de considerarse ya como atributos consubstanciales al hombre, anteriores a la existencia del hombre, que hacía de ellos la base y el objeto de las instituciones. El artículo 10. del Proyecto de Carranza, aprobado por la Asamblea de manera textual, establece que sea el Estado mexicano a través de su Carta Constitucional, el que otorgara a todos los individuos los derechos fundamentales que el mismo se encargara de garantizar. De esta declaración se desprenden dos conclusiones de excepcional importancia: primera, los derechos del hombre no serán ya, de manera exclusiva, la base y el objeto de las instituciones, las que lógicamente adquieren una mayor y más amplia dimensión, y segunda, que es el Estado el que crea las Garantías Individuales.

En lo general el espíritu que vibra en las fórmulas legales de la nueva Carta Política de ninguna manera cierra la puerta a futuros desarrollos. Todo lo contrario. Ahí están, en embrión, los nuevos términos o ampliaciones que la transformación del País habrá de ir requiriendo. Los constituyentes, con gran visión, no elaboran normas inmutables, sino que les dieron un sentido dinámico, abierto a los cambios que pudiera reclamar el porvenir.

En esta Constitución, en la que se trataron de encontrar soluciones a diversos y muy profundos problemas que tenía la Nación, fue menester la estructuración de una parte de la misma, que atendiera a las consideraciones generales de la misma Carta Magna, lo que se hizo en el denominado título séptimo, con el nombre de "Prevenciones Generales".

En dicho título se desglosan diversos ámbitos de aplicación de la propia Constitución, nosotros nos fijaremos específicamente al artículo 133, que es de importancia vital para el presente trabajo, ya que en el mismo existen consideraciones con respecto a la aplicación en el tiempo y en el espacio de las leyes en nuestro país, graduando el artículo antes señalado, el orden preferencial de aplicación de las normas.

Señala el artículo 133 Constitucional: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán en dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Desglosando brevemente el contenido de la disposición Constitucional antes transcrita, concluimos que se pretendió establecer un escalafón de la aplicatoriedad de las leyes en el Territorio Nacional. Así tenemos que en primer e indiscutible lugar se menciona así misma, siendo esto congruente con lo estipulado por el artículo 10. de la propia Constitución. Después en un primer nivel, establece a las leyes que han sido legisladas por el Congreso de la Unión y todos los tratados que no se opongan a la misma; al referirse a los "celebrados y que se celebren por el Presidente de la República...", hace alusión a los tratados que ya se habían celebrado en esa fecha, y los futuros por celebrar, los cuales además, les impone la condición, de ser aprobados por el Senado de la república. Y termina diciendo este párrafo que: "...serán la Ley Suprema de toda la Unión".

Muchos son los autores que consideran que existe una contradicción en el contenido de este Primer Párrafo y el concepto general de Soberanía e inalienabilidad de la Constitución.

Así tenemos que el maestro, Felipe Tena Ramírez señala: "El párrafo transcrito parece contradecir lo que expusimos en el primer capítulo de esta obra, respecto al concepto de soberanía y a la supremacía única de la Constitución, que son los puntos básicos sobre los que hemos edificado la interpretación constitucional toda entera. En efecto, el único poder Soberano es el Constituyente y de allí, que su obra que es la Constitución, sea la única Suprema. Ninguna de las dos jurisdicciones que al implantar el sistema Federal estableció la Constitución -esto es, la jurisdicción federal y la local-, puede igualar ni menos superar en su ejercicio a la Constitución, sino que tienen que acatarla. Pero hay más, ninguna de esas dos jurisdicciones es superior a otra, sino que ambas son coextensas, porque cada una tiene su materia propia. Como explicarnos, por lo tanto, que el artículo 133 considere como Ley Suprema, no solo a la Constitución, sino al conjunto de

la Constitución, de las Leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella y a los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma.

Hay aquí sin duda imprecisión en el uso de los términos. El precepto se esta refiriendo a las leyes y tratados constitucionales, como en otro lugar lo advertimos. Claro que las leyes y tratados Federales, cuando son constitucionales prevalecen de las leyes inconstitucionales de los Estados. Solo en este sentido las leyes Federales tienen primacía sobre las locales, como estas las tendrían si ellas fueran las constitucionales; pero esta primacía no proviene de desigualdad de las jurisdicciones, sino que en caso de conflicto entre estas goza de supremacía la que este de acuerdo con la Constitución. Se trata, en último análisis, de la supremacía única de la Constitución, que se comunica a los actos que estan de acuerdo con la Constitución frente a los actos que están de acuerdo con la misma. No se trata de la primacía de lo Federal sobre lo local, sino de lo Constitucional sobre la Inconstitucional".(1)

Para concluir, el artículo 133 nos señala: "Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados".

Nuevamente se plantea una situación en la que parece que en caso de pugna o concurrencia de leyes, el juez debe aplicar en primer lugar la Constitución y después las leyes emanadas del Congreso de la Unión, por necesidad, de aplicación Federal, pero no es siempre excluyente una de otra, la Federal o la local, como lo diremos nuevamente con el Maestro Felipe Tena, que al respecto señala: "Vuelven a apuntar aquí las hipótesis que antes considerabamos a la luz de los principios. La primera consiste en la oposición de la Ley local con la Constitución. Según el precepto transcrito, usted debe hacer prevalecer en ese caso la Constitución, lo que engendra las siguientes consecuencias: el juez tendrá que apreciar la constitucionalidad de la Ley expedida por su legislatura, tendrá que no aplicar dicha Ley si la estima inconstitucional, y, en este último supuesto, no tendrá Ley

1.- Felipe Tena Ramírez. Derecho Constitucional. Edit. Porrúa. México 1978. Pág. 370.

alguna que aplicar, porque la Constitución no sustituye a la Ley inconstitucional. Consecuencias son todas estas que repugnan a la rígida teoría antes expuesta pero que la Constitución acepta, según los términos literales del artículo 133.

La segunda hipótesis consiste en la oposición de la Ley local, aplicable en el juicio, con una Ley Federal o un Tratado, que norma la misma materia regulada por aquella. En este caso, dice el artículo 133, deben prevalecer dichas Leyes y Tratados (las que "emanen de la Constitución, los que estén de acuerdo" con la Constitución, es decir, las Leyes y Tratados Constitucionales), a pesar de las disposiciones que pueden haber en las Constituciones o Leyes de los Estados. Que lo constitucional prevalece sobre lo inconstitucional, no presenta dudas. Pero puede el juez común definir, en el juicio ordinario, cual de dos leyes provenientes de distintas jurisdicciones es la competente para el efecto de no aplicar la Ley de la Jurisdicción incompetente?. El texto del artículo 133 parece atribuir al juez común tales funciones de discriminación constitucional, puesto que de sus términos se refiere que el juez local debe preferir, las Leyes Federales a las del propio Estado, pero a condición de que aquellas sean constitucionales. Pudiera decirse no obstante, que esta discriminación no es tarea del juez, sino que este debe reducirse a respetar la presunción de constitucional del Derecho Federal, que solo puede ser destruida por el fallo de la Justicia de la Unión. La última solución tiene las siguientes ventajas: reconoce la competencia única de la Justicia Federal para dirimir conflictos de jurisdicción entre la Federación y los Estados; evita el riesgo de que los Tribunales de los Estados obstaculicen, a pretexto de inconstitucionalidad, la legislación Federal; elude el peligro de la anarquía en materia constitucional".

En cambio, si el juez local debe preferir en todo caso el Derecho Federal mientras la Suprema Corte decide acerca de la Constitucionalidad, se establece una supremacía del derecho Federal sobre el local, que aunque sea interina no se justificaría sino por razones de índole práctica.

Como se ve, el artículo 133, es, por cualquier lado que se le considere, un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema. Tomado de la Constitución norteamericana, allá pudo justificarse como encaminado a impedir que los jueces de los Estados trataran de sobreponer su derecho al de la Unión, en una época que es el sistema

Federal contaba todavía con numerosos adversarios; pero si allá prospero el concepto, fué porque la defensa jurisdiccional de la Constitución se inicia ante los jueces locales y pasa despues a la Justicia Federal mediante el recurso de alzada, que vincula dentro de un solo proceso las dos instancias desarrolladas sucesivamente ante las dos jurisdicciones". (2)

Con estas consideraciones que no muy claramente nos fija el artículo 133 Constitucional, podríamos opinar, que un Tratado Internacional debidamente aprobado por el Senado de la República, tiene la misma obligatoriedad en la República, que una Ley emanada del Congreso de la Unión, en cualquier materia, ya sea Civil, Fiscal, Mercantil, Penal, etc.

Por otra parte tenemos que, el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, que hasta la fecha a contado con tres codificaciones, que son el promulgado el 7 de diciembre de 1871, que entró a vigor del día 10. de abril de 1872, que se le conoce en la Doctrina con el nombre de "Código Martínez de Castro", que tomó del Presidente de la Comisión encargada de, su redacción, mismo autor de su Exposición de Motivos; fue sustituido por Código del 30 de septiembre de 1929, que entró en vigencia desde el 15 de diciembre de 1929, expedido por el Presidente don Emilio Portes Gil, y conocido como "Código Almaraz", el que no tuvo ni siquiera dos años de aplicación, pero fue importante, por haber suprimido la pena de muerte y poco menos importante la creación de la figura jurídica de la condena condicional; y por último el publicado en el Diario Oficial del 14 de agosto de 1931, mismo que comenzo a regir el 17 de septiembre de 1931, que ha sufrido más de treinta reformas, hasta el texto que actualmente tiene.

Este último Código de 1931, fué expedido por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de las facultades que le fueron concedidas por decreto de 2 de enero de 1931, por lo que es claro que dicho Código no fue decretado por el Congreso de la Unión, y no se encuentra por lo tanto, en el rango de la Ley Suprema a que se refiere el artículo 133 Constitucional antes analizado.

b) ADHESION DE MEXICO AL TRATADO INTERNACIONAL "LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS" Y "PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS".

Catacterística permanente del constitucionalismo mexicano en el respeto irrestricto a la dignidad humana, el no invadir ni perturbar la libertad de los seres humanos y brindarles seguridad en su persona, en sus bienes, posesiones o derechos. Las Constituciones que nuestro pueblo se ha dado en ejercicio de su incontestable soberanía, reconocen, tutelan y permiten el disfrute de los derechos humanos, consignados en la Constitución vigente con el rubro de Garantías Individuales.

De las diversas garantías que otorga nuestra Constitución a los individuos que radican en nuestro territorio, sobresalen las que tienden a brindarles seguridad en su persona y a precaverlas contra cualquier atentado a su integridad física o moral. Así para evitar la propensión de hacer justicia por sí mismo, el artículo 17 de nuestra Ley fundamental, ordena que nuestros Tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos que fije la Ley siendo su servicio gratuito. Los Tribunales, por otra parte, en ningún caso podrán imponer penas de mutilación o de infamia, la marca, los azotes o el tormento de cualquier especie. Tales restricciones judiciales tienen como objetivo final sancionar para rehabilitar a los delincuentes, más no castigarlos, esto es, imponerles sanciones sin perjudicar su dignidad humana ni su integridad física, pues de obrar de este modo, no se realizaría el cometido perseguido de rehabilitarlos y de reincorporarlos a la vida normal de la sociedad.

En el mismo sentido, y con la misma finalidad, el artículo 19 de la Constitución Política de la República, condena, prohíbe y sanciona los malos tratos en la aprehensión o en las prisiones, así como toda molestia que se cause sin motivo legal.

Si en el orden interno México se ha pronunciado por el respeto a la persona humana, su convicción de que solamente puede haber justicia, orden y tranquilidad cuando toda entidad de poder reconoce la supremacía del ser humano,

le ha impulsado a defender en foros internacionales este principio elemental de todo Estado de Derecho. Es así como en el año de 1948 suscribió, en París, la Declaración Universal de Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con base en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas.

Al considerarse en el seno de la Organización de las Naciones Unidas que las profundas desigualdades sociales, económicas y políticas existentes en todos los pueblos del mundo, han originado actos de barbarie y las conflagraciones mundiales, que lesionan la dignidad humana y que la más elevada aspiración del hombre, es el advenimiento de un mundo en los que los seres humanos disfruten de libertades fundamentales; determinó que la Asamblea General, órgano principal de las Naciones Unidas, proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones; inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los Territorios colocados bajo su jurisdicción.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz, en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las Naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta, su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de los hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno y cumplimiento de dicho compromiso.

**LA ASAMBLEA GENERAL proclama:
LA PRESENTE DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

ARTICULO 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

ARTICULO 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

ARTICULO 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

ARTICULO 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

ARTICULO 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

ARTICULO 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

ARTICULO 7. Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación de tal discriminación.

ARTICULO 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales Nacionales competentes, que las ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.

ARTICULO 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

ARTICULO 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un Tribunal independiente e imparcial, para

la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

ARTICULO 11. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en el juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el Derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicabilidad en el momento de la comisión del delito.

ARTICULO 12. Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ingerencias o ataques.

ARTICULO 13. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

ARTICULO 14. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país.

Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de la Naciones Unidas.

ARTICULO 15. Toda persona tiene derecho a una Nacionalidad.

A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho de cambiar de nacionalidad.

ARTICULO 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutara de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

ARTICULO 17. Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente.

Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

ARTICULO 18. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

ARTICULO 19. Todo individuo tiene derecho a libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

ARTICULO 20. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

ARTICULO 21. Toda persona tiene derecho a participar en el Gobierno de su País, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

ARTICULO 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.

ARTICULO 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

ARTICULO 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

La maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonios o fuera, tienen derecho a igual protección social.

ARTICULO 26. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de la Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

ARTICULO 27. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

ARTICULO 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos.

ARTICULO 29. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

En el ejercicio de sus derechos, y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, de orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

ARTICULO 30. Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración".

Nuestro País, consagró en la legislación los derechos fundamentales de todo ser humano que debe disfrutar, sin distinción de nacionalidad, raza, idioma, sexo, credo político o religioso, proclamándolos 31 años antes que lo hiciera, la Organización de las Naciones Unidas.

Si hacemos un análisis comparativo entre la Declaración de Derechos Humanos y las Garantías Individuales y Sociales contenidas en la Constitución Política que nos rige, encontraremos gran similitud, y hasta podría pensarse, que nuestra legislación, junto con otras, tuvo alguna influencia al redactarse dicha declaración.

Las Garantías Individuales consagran derechos de libertad individual, de trabajo, de expresión, de imprenta, de petición, de asociación; a la vida, de tránsito, de creencia y trato justo.

En este orden de ideas, y en lo referente al trato justo y humano, que se acaba de mencionar, el tratado internacional, en su artículo 11 establece categóricamente que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad", presupuesto este que será materia del siguiente punto del capítulo, pero que es menester resaltar, dada su importancia para la realización de este trabajo.

Como se ha señalado anteriormente, en Asamblea General de las Naciones Unidas, México, a través de su Ejecutivo, se adhirió al tratado denominado "LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS", pero para que dicho tratado internacional pudiera ser aplicado como Ley en la República Mexicana, debió de ser aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación, como debidamente quedó analizado cuando se hizo referencia al artículo 133 Constitucional, lo que desgraciadamente no sucedió, luego entonces no es de aplicación obligatoria dicho tratado.

Por otra parte, con fecha 19 de Diciembre de 1966, se abrió a firma, en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de America, el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismo que fue firmado por el Ejecutivo del País, en representación de los Estados Unidos Mexicanos, Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas.

El citado Pacto fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día dieciocho del mes de Diciembre del año de mil novecientos ochenta, según Decreto publicado en el "Diario Oficial" de la Federación del día nueve del mes de enero del año de mil novecientos

ochenta y uno, y en esa fecha el Presidente, lo promulgó y dio a conocer a los mexicanos, de acuerdo a la obligación transcrita en el artículo 89 de la Constitución.

En dicho tratado que no se transcribe, por ser demasiado extenso, se escogen en su totalidad, las ideas y fines del tratado que se transcribió anteriormente.

No obstante, se hace mención de diversos preceptos del mismo, ya que al reunir las características fijadas por el multicitado artículo 133 de nuestra Constitución, después de esta, es "Ley Suprema de toda la Unión".

"PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS"

Los Estados en el presente pacto.

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de la Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Reconociendo que, con arreglo de la Declaración Universal de Derechos Humanos no pueden realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberando del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas.

Considerando que el individuo, por tener deberes respecto a otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.

Conviene en los artículos siguientes:

ARTICULO 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Cada Estado Parte se compromete a adoptar con arreglo de sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Cada uno de los Estados Partes en el presente acto se comprometen a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

ARTICULO 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

ARTICULO 5. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conocer y conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

ARTICULO 9. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones por la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y, en su caso, para la ejecución del fallo.

ARTICULO 12. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho de entrar en su propio país.

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

ARTICULO 14. Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona debe tener derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada, de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda Sentencia en materia penal o

contenciosa será publicada, excepto en que los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

TODA PERSONA ACUSADA DE UN DELITO TIENE DERECHO A QUE SE PRESUMA SU INOCENCIA MIENTRAS NO SE PRUEBE SU CULPABILIDAD CONFORME A LA LEY.

Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza de la acusación formulada contra ella,

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección,

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas,

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada si no tuviera defensor, del derecho que le asiste al tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo,

e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo,

f) A ser asistida gratuitamente por un interprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal,

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la Ley.

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado, por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la Ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente al hecho desconocido.

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país.

ARTICULO 49. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que el Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

ARTICULO 50. Las disposiciones del presente Pacto, serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados Federales, sin limitación ni excepción alguna."

Notamos claramente que en este tratado Internacional, nuevamente se hace referencia a las denominadas Garantías Individuales, consagradas desde hace tiempo en nuestra "CARTA MAGNA".

Vuelve a recalcar en su artículo catorce inciso dos, al igual que el artículo once del tratado anterior que, "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley".

c) LA INTENCION DELICTUOSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Ha quedado precisado en este capítulo que a través de diversos Tratados Internacionales, uno de ellos, con fuerza de Ley Suprema en el País, después de la Constitución, que a toda persona acusada de delito, posee el derecho de que se presuma su inocencia, hasta que se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley, esto a través de un procedimiento preestablecido.

En la legislación del País, tanto en materia Federal como local, en materia penal, existe la regla común de establecer, salvo una excepción que se mencionará posteriormente, que la intención de una persona acusada de delito, es de haberla realizado dolosamente es decir, con el ánimo de cometer el delito con intención y a sabiendas por lo tanto de la tipicidad del hecho.

Esta disposición tiene sus antecedentes, en el ya derogado Código Penal de 1871, en su artículo 9, que señalaba: "Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una Ley Penal, se presumirá que obro con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario o que la Ley exija la intención dolosa para que haya delito".

Con este antecedente, el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, en su artículo 9, vuelve a transcribir el concepto contenido en el Código de 1871, y le agrega ciertas características, asentando la idea de legislador de tener la presunción de dolo, en la intención del sujeto activo.

Señala la norma citada:

"La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I) Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

II) Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesario o notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previo no 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 fuere cual fuere el resultado;

III) Que creía que la Ley era injusta o moralmente ilícito violarla.

IV) Que creía que era legítimo el fin que se propuso;

V) Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y;

VI) Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93°.

De igual manera en la legislación del Estado de México, y de Puebla, por citar algunos, señalan respectivamente:

"ARTICULO 8. El delito se presume doloso, salvo prueba en contrario"

Y el de Puebla:

"ARTICULO 8. Delito intencional es el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión en que consiste son delictuosas. La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario".

Ahora bien: El artículo 9, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la

República en Materia Federal, fue reformado por decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial del día 10 de enero de 1984, para quedar en su redacción como sigue:

"ARTICULO 9. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo en deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que realiza el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

Con esta reforma, parece ser, aunque no de manera clara, que este Código elimina la presunción legal de Dolo, nos dice el Maestro Carranca:

"La novedad más importante consiste en que desaparece una presunción *juris tatum*, o sea, que admitía prueba en contrario. Coincidimos con la idea de que dicha regla es de naturaleza procesal y su sitio no es por lo tanto un Código Penal. Ahora bien, el antecedente que es regla, como se sabe es el artículo 9 del Código penal de 1871; lo que creo es muy importante dada la categoría de dicho Código, es decir, que la regla en cuestión forma o formaba parte de nuestra tradición legislativa. Razon por la que hubiera sido conveniente cambiarla en caso de evidente improcedencia de la misma, o falta de solidez. Pero el hecho es que hay delitos que no pueden ser culposos y los hay que no pueden ser dolosos. En tales condiciones uno se pregunta si la Ley resuelve este problema. La respuesta es que ni siquiera lo toca. Y uno se pregunta también en que estorbaba la presunción *juris tatum* del dolo, ya que si admitía prueba en contrario, resolvía obviamente, el problema planteado. Yo entiendo, además, que de acuerdo con las posiciones más avanzadas de la defensa social dicha regla, que como ya se dijo se remonta a un Código Penal de extracción clásica (el de 1871), debiendo ubicarse desde luego en la Ley adjetiva, no estorba sino que obedece al espíritu de las mismas y en

nada se contraponen o se contraponía a los preceptos constitucionales violados en la materia. Reconozco por supuesto, que el anterior es un punto de vista como lo es también el haber eliminado del Código Penal aquella regla".(3)

Establecemos con esto, que al no ser determinante y establecer claramente que se elimina la presunción del dolo, seguirá considerándose como intencional todo hecho u omisión del sujeto acusado del delito es decir, que existe la determinación de considerar su conducta cometida con intención hasta que pruebe lo contrario, si es que lo puede hacer.

Compartiremos la idea con el Maestro Carranca y Rivas, que esta situación, la de presunción o no de dolo, debería enmarcarse en la legislación procesal como más adelante, en las propias palabras del Maestro se transcribirá.

Se señaló anteriormente que existe, por lo menos una, excepción de la legislación nacional, a lo que parece regla general, en cuanto a la intención dolosa imputable al presunto delincuente.

En efecto, en el Estado de Yucatán, se rompe con la tradición, mala por cierto, de afirmar la culpabilidad dolosa del procesado.

Citando únicamente a Carranca, tenemos que al respecto nos dice:

"El Código de Defensa Social del Estado de Yucatán (promulgado el 19 de Diciembre de 1973, para entrar en vigor en Febrero 21 de 1974, en los términos de su artículo primero trans.) se substituye al viejo Código de

3.- Raul Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado. Pág. 48
Edit. Porrúa. 1985.

1938, dice a la letra en su artículo 6: "Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que cometió el delito que se le imputa y que el lo cometió". Por expresa invitación del Gobernador don Carlos Loret de Mola nos tocó dar nuestra opinión sobre ese magnífico anteproyecto. Por lo que toca al artículo 6, opinamos textualmente: "Se trata de una presunción "juris tantum", o sea que admite prueba en contrario. Habida cuenta de que todos los Códigos de los Estados Federales Mexicanos adoptan la misma fórmula que el del Distrito Federal, es decir, la de presumir "juris tantum" el dolo, la innovación de Yucatán no deja de ser importante en nuestro medio jurídico. No obstante, se trata de una regla de naturaleza procesal, que por razones de técnica legislativa debe ocupar sitio en el Código de Procedimientos. Esta regla, desde luego, subsana los defectos del Código Penal del Distrito Federal (donde se establece la presunción "juris tantum" del dolo), ya que según sea el delito, cabe o no dicha presunción legal. Por ejemplo, el fraude (artículo 386 Código Penal del Distrito Federal) es imposible que pueda ser culposos; y otro tanto cabe decir del parricidio (artículo 323 Código Penal del Distrito Federal). Por lo tanto la presunción legal de dolo, ofrece serios inconvenientes. El Código de Yucatán pues, elimina estas dificultades. Ahora bien, a nuestro juicio es innecesario el requisito de que se pruebe que "se cometió" el delito que se le imputa al acusado, para que este resulte culpable. La culpabilidad en el caso, resulta de que el acusado lo haya cometido. Opinamos que sería mejor la siguiente redacción: "Todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que el cometió el delito que se le imputa".(4)

Se puede decir por lo tanto y en vista de las legislaciones en toda la República, que en México, la generalidad es de que una vez que se demostró la culpabilidad de determinado sujeto, en la comisión de cierto delito, a través de un procedimiento judicial, a este, el sujeto activo del delito, se le deberá aplicar la sanción para ese delito, como si lo hubiera cometido con intención, es decir con dolo, se haya probado o no que este, el dolo, existió, pues así está dispuesto en la Ley, y si por alguno error en la defensa o en la valoración de las pruebas; desvanecimiento de elementos en favor del reo o cualesquiera otra circunstancias, y por ello el acusado del delito no demuestra su inocencia, o siquiera que no actuó intencionalmente, este, será sentenciado y su culpabilidad se le tendrá por dolosa.

Es verdad que existen delitos que por su naturaleza no pueden ser culposos, o los hay otros que no pueden ser dolosos, como lo apuntábamos anteriormente citando a Carranca, pero también es cierto que estas situaciones vienen a ser la excepción de la generalidad.

En cierta forma la presunción de dolo en la legislación Mexicana, trae consigo la presunción de culpabilidad del sujeto acusado por algún delito, hasta que este, demuestre que no lo cometió, ya sea con dolo, intención, o como se le quiera llamar.

CONCLUSIONES:

Es clara la intención del legislador Mexicano, y de cualquier parte del mundo, de sancionar al responsable de haber cometido algún hecho, acto u omisión, señalado como delito en las leyes preexistentes del acto.

También existe la convicción de sancionar a ese responsable, atendiendo a su grado de culpabilidad que podríamos resumir en acciones u omisiones intencionales o con dolo; imprudenciales y preterintencionales.

Por lo mismo y lógicamente, al imponer las sanciones a los delincuentes, estas varían; al aplicar las restricciones o privaciones de la libertad, entre otros elementos, dependiendo del grado de culpabilidad del sujeto que cometió el delito.

Hemos analizado que de acuerdo a la Constitución Política, los Tratados Internacionales celebrados por el Poder Ejecutivo y aprobado por la Cámara de Senadores, tiene jerarquía de Ley Suprema en el País, después de la propia carta Magna.

Existen en la actualidad dos Tratados Internacionales celebrados por el propio Ejecutivo, uno de los cuales, fué debidamente aprobado por la Cámara de Senadores de la República y que se analiza aquí.

Estos dos Tratados a que se hace alusión, poseen la característica que en ambos se estipulan reglas mínimas elementales del derecho de los seres humanos, de los cuales la mayoría ya existían en nuestra legislación, y con bastante anterioridad a la elaboración de dichas declaraciones internacionales.

Es novedad en nuestro derecho, la parte que se refiere a la presunción de inocencia de cualquier persona acusada de delito, hasta en tanto no se demuestre lo contrario y a través de un juicio.

También analizamos que la generalidad de la legislación en México, es la de presumir la intención delictuosa del sujeto acusado de un delito, pudiendo demostrar lo contrario en juicio.

En tal situación, el procesado, desde el momento en que se le imputa cualquier acto delictuoso, está en calidad de un delincuente que actúo con premeditación, hasta que demuestre, si puede, lo contrario.

Esto, causa un grave perjuicio al procesado, que se evidencía, desde el mismo momento de la imputación, pues, únicamente para citar algunas circunstancias el derecho a gozar de libertad bajo fianza, Garantía consagrada en el artículo 20 Constitucional, se ve ciertamente limitada.

Con estas bases, se puede señalar, que la legislación penal mexicana, en la mayoría de los casos y en lo que se refiere a la intención, cuando presuntamente se comete un acto ilícito, no se adecua a los preceptos que se contienen en los Tratados Internacionales citados, uno de los cuales, es de aplicación obligatoria en el País.

Podría y debería de existir una modificación de los Códigos Penales en ese sentido, o hasta la misma supresión de dicha norma, dejándole para la legislación procesal, y que esta, fuera acorde con la Ley impuesta en el Tratado Internacional, si no por un ánimo de justicia, cuando menos para que no exista una ambivalencia en el derecho positivo mexicano.

B I B L I O G R A F I A :

- AMOR VILLALPANDO.-** Teoría del Delito de Abandono de Incapaces, Edit. Jus. México, 1959.
- BELING, ERNEST VON.-** Esquema de Derecho Penal. Trad. de la 11a. Edic. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1944.
- CODIGO PENAL ANOTADO.-** Raul Carranca y Trujillo y Raul Carranca y Rivas. Edit. Porrúa. México. 1980.
- CODIGO PENAL PARA EL D.F. DE 1931.-** XXXI Edic. Porrúa 1978.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.-** Derecho Penal Mexicano. Parte General. Con adiciones doctrinas del Dr. Raul Carranca y Rivas. 13a. Edic. Edit. Porrúa. México. 1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.-** Derecho Penal Mexicano. Parte General. 12a. Edic. Edit. Porrúa. 1977.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.-** Carranca y Rivas Raul. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa México 1985.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.-** Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Edit. Jurídica Mexicana. 1954.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO.-** Lineamientos Elementales del Derecho Penal. 11a. edic. Porrúa. México 1977.
- CUELLO CALON EUGENIO.-** Derecho Penal. 9a. Edic. Edit. Nacional. México. 1974.
- DE MIGUEL GARCIALOPEZ ADOLFO.-** Derecho Penal. 1a. Edic. Reus. Madrid. 1940.

- DIAZ BARREIRO JUAN.**- Derecho Penal Mexicano. Diccionario México 1973.
- FERNANDEZ DOBLADO LUIS.**- Culpabilidad y Error. Porrúa México 1960.
- FONTAN SALESTRA CARLOS.**- Manual de Derecho Penal. Parte General. Depalma. Buenos Aires. 1949.
- GOMEZ EUSEBIO.**- Tratado de Derecho Penal. T.I. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires 1939
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.**- La Ley y el delito. 8a. Edic. Edit. Sudamericana Buenos Aires. 1978.
- JIMENEZ MUERTA MARIANO.**- La Tipicidad. Porrúa. México 1980.
- LISZT FRANZ VON.**- Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 20a. Edic. por Luis Jimenez de Asua. 2a. Edic. Edit. Reus. Madrid. 1924.
- MAGGIORE GIUSEPPE.**- Derecho Penal. T.I.V.I. Edit. Temis Bogota. 1954.
- MEZGER EDMUNDO.**- Tratado de Derecho Penal. Madrid 1955. Rev.
- MEZGER EDMUNDO.**- Tratado de derecho Penal. Trad. de la 2a. Edic. Alemana 1933. por J. Arturo Rodríguez Muñoz. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid. 1949.
- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.**- Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1978.
- PESSINA ENRIQUE.**- Elementos del Derecho Penal. Trad. del Italiano por M. Gonzalez del Castillo. 4a. Edic. Edit. Reus. Madrid. 1934.
- PORTE PETIT CELESTINO.**- Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. Edic. Mimeo-gráfica de la UNAM. 1959.

- PORTE PETIT CELESTINO.**- Programa de la Parte General de
Derecho Penal. Edic. Mimeo-gráfica de la
UNAM. 1968.
- PORTE PETIT CELESTINO.**- Importancia de la Dogmática
Jurídica Penal. Edic. Mimeo-gráfica. UNAM
1954.
- SAUER GUILLERMO.**- Derecho Penal. Parte General. Edit. Mosch
Barcelona. 1954.
- SOLER SEBASTIAN.**- Derecho Penal Argentino. Tomos I y II
Edit. TEA. Buenos Aires. 1933.
- VILLALOBOS IGNACIO.**- Derecho Penal Mexicano. 2a. Edic. Edit
Porrua Mexico. 1960.
- VILLALOBOS IGNACIO.**- Nacion Jurídica del Belito. Edit. Juz.
Mexico. 1952.