

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO**

ROGELIO RAMIREZ GOMEZ

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

**DELITO DE ABANDONO DE PERSONAS
EN EL MAR**

1194

MEXICO, D. F.

1976



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Págs.

CAPITULO I

EL HOMBRE Y LA NAVEGACION.

2

- 1.- CONCEPTO DE NAVEGACION
- 2.- EVOLUCION HISTORICA
- 3.- LA NAVEGACION EN NUESTRO DERECHO POSITIVO
- 4.- CONCEPTO DE DERECHO MARITIMO.

CAPITULO II

GENERALIDADES

23

- 1.- CONCEPTO DE ABANDONO Y DE OMISION.
- 2.- BREVE HISTORIA DE LOS DELITOS POR OMISION.
- 3.- BIEN JURIDICO TUTELADO
- 4.- UBICACION DEL DELITO DE OMISION DE AUXILIO A PERSONAS EN PELIGRO EN EL MAR, EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

CAPITULO III

- I.- ESCUELAS PENALES 39
- a) Clásicas
 - b) Positivista
 - c) Ecléctica.
 - 1) Alemana
 - 2) Italiana
- II.- CONCEPTO DE DELITO
- Elementos del Delito
Presupuestos.
- III.- LOS PRESUPUESTOS EN LA DOCTRINA
- IV.- EL ESTADO DE PELIGRO COMO PRESU
PUESTO DEL DELITO DE OMISION DE
AUXILIO A PERSONAS EN PELIGRO -
EN EL MAR.

CAPITULO IV

EL TIPO Y SUS ELEMENTOS

61

- 1) Nociones Generales del Tipo.
- 2) Sus Elementos.

- A) Los Presupuestos
 - B) Sujetos:
 - a') Sujeto Activo
 - b') Sujeto Pasivo
 - C) Bien Jurídico
 - D) Conducta o Hecho
 - E) Resultado
 - F) Objeto Material
 - G) Medios Exigidos
 - H) Referencias exigidas por el Tipo
Espaciales, Temporales y Ocasionales
 - I) Elemento Normativo o Antijuridicidad Especial
- 3) Clasificación en orden al tipo
- 4) Ausencia de Tipo.

CAPITULO V

ELEMENTOS DEL DELITO

79

EL ELEMENTO OBJETIVO CONDUCTA.

- 1.- Concepto y Definición
- 2.- Formas de Conducta
- 3.- Su aspecto negativo

- a) Fuerza Física Irresistible
- b) Fuerza Mayor
- c) Actos Reflejos, Sonambulismo, Narcosis.

CAPITULO VI

TIPICIDAD, ATIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

93

- 1.- Tipicidad.
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Antijuridicidad.
- 4.- Ausencia de Antijuridicidad o
Causas de Licitud.
 - a) Legítima defensa
 - b) Estado de Necesidad
 - c) Cumplimiento de un deber
 - d) Ejercicio de un Derecho
 - e) Impedimento legítimo.

CAPITULO VII

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

123

- 1.- La imputabilidad como presupuesto necesario en la culpabilidad.
- 2.- La culpabilidad.
 - a) Teoría Psicologista
 - b) Teoría Normativista.
- 3.- Formas o especies de culpabilidad en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 4.- Causas de inculpabilidad.
 - a) Error de hecho esencial e invencible
 - b) Error de derecho y,
 - c) No exigibilidad de otra conducta.
- 5.- La inculpabilidad en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.

CAPITULO VIII

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

167

- 1.- Las condiciones objetivas de punibilidad en la doctrina.

- 2.- Aspecto negativo
- 3.- Las condiciones objetivas de punibilidad en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 4.- La punibilidad y Excusas Absolutarias.
- 5.- La punibilidad y su aspecto negativo en el delito de Omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.

CAPITULO IX.

FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

179

- 1.- Iter criminis.
- 2.- La tentativa y la consumación en la doctrina
- 3.- La tentativa en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 4.- La consumación en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar
- 5.- Concurso de delitos.
- 6.- Concurso ideal y formal y concurso real o material en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar

7.- Participación:

- a) Autoría Intelectual
- b) Autoría Material
- c) Coautoría
- d) Autoría Mediata y,
- e) Complicidad.

8.- Encubrimiento.

CONCLUSIONES

194

BIBLIOGRAFIA.

200

P R O L O G O .

El derecho penal, fue y sigue siendo la mayor de mis inquietudes. Desde mi vida estudiantil se arraigó en mi persona la idea de realizar un trabajo-recepcional en base a esta materia del derecho; es — pues, lo que me indujo a elaborar el presente ensayo.

Por otro lado, aspirando a cumplir con la — concepción de la importancia de la dogmática en materia punitiva y, siguiendo los lineamientos marcados — por Celestino Porta Petit Candaudap, inicié el estudio del presente tema con acopio de la información — doctrinal y legislativa en las posibilidades que me — fueron permitidas.

De antemano pido indulgencias a quienes hago entrega, de su buen juicio, el trabajo que nos ocupa; pues temo, por mis pobres aptitudes no cumplir — con el propósito que intento, habida cuenta que el de recho penal, abraza los más intrincados problemas que origina la conducta del hombre, regida por el Dere— cho.

CAPITULO I.

EL HOMBRE Y LA NAVEGACION.

- 1.- CONCEPTO DE NAVEGACION.
- 2.- EVOLUCION HISTORICA
- 3.- LA NAVEGACION EN NUESTRO DERECHO POSITIVO
- 4.- CONCEPTO DE DERECHO MARITIMO.

CONCEPTO DE NAVEGACION.

1.- Concepto de Navegación.- El concepto de navegación dado por diversos diccionarios que fueron revisados para hacer un pequeño análisis de dicho precepto, nos reflejó en lo particular un significado muy reducido, al menos para los fines propuestos y — que son desde luego los estrictamente jurídicos. Así por ejemplo el diccionario nos dice:

Navegación del latín Navigatio, -onis— que significa, "acción de navegar" (1). A su vez Navegar dice dicho diccionario, proviene del verbo latino Navigere cuya significación es: "Hacer viaje o andar — por el agua con embarcación o nave. Por analogía hacer viaje o andar por el aire en globo, avión u otro vehículo en tratándose de navegación aérea" (2).

La Enciclopedia General del Mar dice: "Navegación es y particularmente por mar a veces se emplea como verbo activo, así en las frases navegar tal buque o navegar tal mar, por navegar en la una o en la otra fraseología marítima por ejemplo dicen: A bolina

1.- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia-Española. Madrid. 1970.

2.- Cfr. ob. cit.

abierta, a bolina ancha, a bolina franca, a bolina baja a papo de viento, a toda vela, etc. etc. Navegación, acción de navegar viaje que se hace con la nave y tiempo que dura náutica y aéreo la que se hace por el aire ya sea en globo, aeroplano o hidroavión, etc. " (3).

Se infiere de los conceptos antes expuestos que para los efectos de una verdadera interpretación jurídica, nos conduce a rechazar el concepto gramatical de los términos navegación y navegar por sus límites reducidos, pues es evidente que por ejemplo, en un principio y refiriéndonos concretamente al verbo Navegar, significa flotar: esto es, tal y como dice el propio diccionario: "sostenerse un cuerpo en equilibrio en la superficie de un líquido o en suspensión sumergido en un fluido aeriforme, u ondear en el aire". (4)

Esto de ninguna manera quiere decir que de debidamente interpretado el concepto de referencia, para los efectos meramente jurídicos.

Mucha razón tiene Rodolfo A. González Lebrero al hacer a nuestro juicio un acertado razonamiento

(3) Enciclopedia General del Mar. Ediciones Garriga

(4) CFR. Diccionario citado.

al respecto:

"Hemos hablado de navegación, pero aún no — la hemos definido, navegar, significa en principio — flotar, pero ni la flotación, ni el mero desplazamiento de un objeto por las aguas, —(y yo agregaría por — el aire)— constituye aún navegación; este concepto sólo lo aparece cuando de una u otra manera, por uno o por otro medio ese objeto es gobernado, cuenta con dirección. Sólo entonces se integra el concepto". (5)

En consecuencia, para nosotros, el concepto Navegación en su sentido etimológico, reiteramos, resulta reducido por lo que consideramos que para los — fines que nos interesan debe darse una definición en — amplio sentido y otra en un sentido restringido. Por — tanto nos atrevemos a dar una modesta definición.

Lato Sensu.— Navegación es el viaje que se — hace por la mar o por el aire en una nave partiendo — de un lugar hacia otro determinado y con diversos — fines. Pretendo en esta definición abarcar no solamente la navegación comercial, sino que también por ejemplo, aquellas que se hacen con fines científicos, de — recreo, etc. etc.

(5) CFR. Manual de Derecho de la Navegación.
Editorial Depalma, Buenos Aires 1964.

Strictu Sensu.— Navegación, viaje que se hace por la mar o el aire en una nave, partiendo de un lugar hacia otro determinado con fines específicos.

2.— EVOLUCION HISTORICA.

Hablar de la evolución histórica del Derecho de la Navegación Marítima, ciertamente es hablar de la historia misma de la civilización. Es evidente que cuando el hombre logra la formación y el establecimiento de los grupos sedentarios, la lucha constante para encontrar los satisfactores apropiados y cada vez mejores tendientes a satisfacer las necesidades — de primer orden, así como también la inquietud de una mejor organización de carácter económico, político y social, despierta en él su espíritu conquistador buscando afanosamente los medios para tener contacto con otros lugares y grupos. Pero muchos de esos lugares — se encuentran separados por el mar y el establecimiento de relaciones con ellos solo es posible a través de la navegación. De ahí que como acertadamente dice Ramírez Baños... "da lugar a un movimiento legislativo y jurisdiccional tendiente a tanto estructurar — nuevas figuras jurídicas como a promover la forma de regularlas y así son contemplados por primera vez los problemas de los riesgos marítimos, los aspectos del seguro, la responsabilidad de los daños a embarcacio-

nes, etc." (6)

Con el objeto de llevar un orden cronológico de la historia de la navegación marítima ya debidamente regulada, hablaremos en primer lugar de la Edad Antigua, seguiremos con la Edad Media y terminaremos con la Edad Moderna hasta nuestros días.

EDAD ANTIGUA

Las disposiciones más antiguas sobre la navegación marítima, se hallan, al decir de algunos autores (7) en el Código de Hammurabi concebido como el texto legislativo más antiguo sobre cuestiones del derecho de la navegación marítima y que se remonta al año 2265; esto es, el siglo XXI A.C., contiene numerosas disposiciones del derecho en cuestión. Dice -

-
- (6.- 'El Foro'.- Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Cuarta Época, número 45. Abril-Junio México, D.F. 1964.
- 7.- Rodolfo Mezzera Alvarez, Curso de Derecho Marítimo. Editorial Talleres Gráficos '33' S.A. Montevideo. 1946; Rodolfo A. González Lebrero. - - - Manual de Derecho de la Navegación; F. de Gamecho goicoechea y Alegría. Tratado de Derecho Marítimo Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao; Antonio Scialoja. Sistema del Derecho de la navegación. EJEA. Bosch y Cía. Editores Chile 2970. Buenos Aires 1950 año del Libertador General. San Martín.

Antonio Scialoja: "He aquí los principales artículos: Art. 235, Contrato de construcción de buques; Art. — 236, Locación de buques; Art. 237 y 238, Fletamiento, responsabilidad por culpa del barquero; Art. 240. Cho que de buques, responsabilidad del propietario Art. — 275/277, Tarifas de fletamiento" (8). Por otro lado R. Mezzera Alvarez al narrar la evolución histórica del derecho de la navegación marítima dice: "Sin embargo otras culturas tuvieron sus usos y costumbres — marítimas tan antiguas como el Código de Hammurabi, — tales como los egipcios y fenicios aunque de poste— rior época, no obstante no se conserva ningún texto — al respecto" (9). Y es lógico que no se conserven, — pues bien a dicho ya Scialoja que esto, "se debe a — que la navegación ha sido en todos los períodos de — la antigüedad casi exclusivamente regida por las cos— tumbres". (10)

Continúa el devenir histórico y es en el Có digo de Manú que data del siglo II a.C., en donde al decir del tratadista español F. de Gamechogogicochea (11) "se hace una referencia en el Libro Octavo, versículos 157 y 407 al 409, aludiendo al transporte marítimo y al flete". En igual forma, el tratadista — mexicano Raúl Cervantes Ahumada nos dice: "En dicho —

8.— Ob. cit. pág. 66

9.— Ob. cit. pág. 39

10.— Ob. cit. pág. 66

11.— Ob. cit. pág. 22

código se establece un tratamiento especial para las ventas de las mercancías procedentes de ultramar, las que no se nulificaban incluso si el vendedor no era el dueño de la cosa vendida". (12)

Le corresponde al pueblo Rhodio, ser el primero en producir leyes marítimas escritas, cuya expedición se remonta al año 475 a.C., (Lex Rhodia de Jactu); este ordenamiento sobre usos y costumbres marítimas, regula ya ciertas especies de préstamo marítimo, delitos cometidos entre marineros, delitos relativos al cargamento, etc., pero en forma muy especial a la Echazón, que al decir de Georges Ripert (13) "viene a ser el origen de la Avería Común". No solamente fue este el privilegio de los habitantes de la Isla de Rhodas en la antigua Grecia, sino que también a los atenienses les cupo el honor de saber difundir sus usos y costumbres por medio de su literatura y por conducto de sus oradores Demóstenes y Esquines; así por ejemplo, el tratadista hispano antes citado nos dice: "Demóstenes en sus discursos nos dice de algunos fragmentos relativos a la avería común, el préstamo a la gruesa y a la copropiedad marítima, Ley Rhodia de Jactu". (14) Por otro lado, Cervantes Ahumada manifiesta: "Los atenienses utilizaron fundamentalmente las leyes rhodias. Pero en su literatura se pueden encontrar referencias a leyes marítimas relati

12.- Derecho Marítimo. Editorial Herrero S.A. México- 1970 Pág. 9

13.- Compendio de Derecho Marítimo. Tipográfica Editoriales Argentina, Buenos Aires 1954 Pág. 531

14.- F. de Camechogicochea, Ob. cit. pág. 22

ves a los armadores al flete, a la actividad naval - de los banqueros, a la piratería, etc. etc., (15) (Ha ce una cita a Bulay Paty).

Roma.- Sobre el derecho de la navegación ma rítima, los romanos legislaron en diversos cuerpos - legales y se observa como ya en El Edicto Perpetuo; - se contienen leyes sobre los pasajeros, Acción de Re cepto que se daba en contra del capitán o el navie- ro. (16) El Código Justiniano y Teodosiano contienen- amplias disposiciones sobre tráfico marítimo, marina- de guerra, policía, usura, naufragio (17). Pasa al pe ríodo de los emperadores bizantinos y justamente es - en las Basilici (las Basílicas), leyes que fueron pro mulgadas por el Emperador Leon el Sabio, hijo del Em perador Basilio, las cuales según dice Antonio Scialo ja, "llevaron el intento de codificar el derecho greco romano, tratando de sistematizar el derecho de la na vegación de la época" (18). En este mismo período si glos VII-IX se produjo una compilación denominada De recho Marítimo de los Rhodios, la que al decir de Me zzerá Alvarez, "nada tuvo que ver con las viejas le- yes rodias (Lex Rhodia de Jactu), y que no fue sino - una compilación o código de costumbres de origen pri vado". (19)

15.- Raúl Cervantes Ahumada. Ob. cit. pág. 10

16.- Ibidem pág. 10

17.- Idem. pág. 10

18.- Ob. cit. pág. 66

19.- Ob. cit. pág. 40

EDAD MEDIA.

Todos los que escriben acerca de la historia del derecho de la navegación marítima, coinciden esencialmente en establecer, que, es en la Edad Media en donde tiene esplendor la materia que nos ocupa, y ciertamente que aquellos usos y costumbres marítimos que constituyeron verdaderos monumentos jurídicos, van a dar origen al florecimiento de una gran cantidad de estatutos y compilaciones; esto es, se hace ya una diferencia entre los usos y costumbres dejando de ser éstos las simples conductas que se seguían por mera buena voluntad y por opinión común, para seguir siendo también conductas, empero, impuestas por una autoridad. Es así como tenemos en primer lugar y al decir de Cervantes Ahumada, "los Asisses de Jerusalén, cuya aplicación estuvo a cargo de los cónsules" (20). Continúa el autor citado su narración y señala a las tablas de Amalfi diciendo: "Fue Amalfi una pequeña república italiana que dominó el comercio en Oriente por algún tiempo, a partir del siglo X. En esa ciudad se estableció un famoso tribunal marítimo y en 1135 se compilaron sus sentencias en una colección que se denomina Tabla Amalfitana, cuyo contenido fue aplicado en toda la cuenca del mediterráneo". (20 bis).

20.- Ob. cit. pág. 11

20 bis.- Idem. pág. 11

Los Roles de Olerón.- Olerón es una pequeña isla del Canal de la Mancha cercana a Burdeos en el Océano Atlántico. Varios son los autores de derecho sobre la navegación marítima en coincidir sobre el origen de los Juicios o los Roles de Olerón, manifestando que este es de carácter jurisprudencial (21). - La influencia de los Roles de Olerón fué muy grande y fecunda pues en principio reglaba la navegación en los puertos de Burdeos, Rochelle y la costa de Bretaña y Normandía y debido a ello dice Georges Ripert: - "Los juicios de Damme en Flandes; las leyes de Westcæ pelle, en Zelandie y las leyes de Wisby en la isla de Gothland, son traducciones y adaptaciones de ellos".- (22)

Consulado del Mar.- Fue en el mediterráneo en donde se dió este monumento jurídico. Puede considerársele como una obra cumbre; así por ejemplo Héctor A. Schuldreich Tallada dice: "Puede considerársele como un verdadero código - y añade - contempla todas las instituciones del derecho marítimo, estableciendo los lineamientos generales y reglas de casi todas estas instituciones y descubre la curiosa organización de las expediciones marítimas, en el que el espíritu de asociación estaba muy desarrollado" (23).

21.- Georges Ripert, Ob. cit. pág. 19; Rodolfo A. González Lebrero, Ob. cit. pág. 3; Raúl Cervantes - Ahumada, ob. cit. pág. 11; Héctor A. Schuldreich Tallada, Derecho de la Navegación Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires 1963 4a. edición

22.- Ob. cit. pág. 19

23.- Ob. cit. pág. 5

Por otro lado agrega Antonio Scialoja: "Es importante esta compilación porque representa el primer intento de ordenar el Derecho Marítimo sistemáticamente y por que ha ejercido una influencia directa en el primer Código Marítimo Moderno: La Ordonnance de la Marine, du mois d' aout 1681, de Louis XIV" (24). Es pues el Consulado del Mar la manifestación legislativa marítima de mayor valor en la Edad Media y cuyo origen es disputado por diversos países entre ellos Francia, Inglaterra, Italia, España y Cataluña, aunque muchos se lo otorgan a Barcelona en virtud de haber sido editado en Catalán y en dicho lugar, además de que se argumenta que dicho nombre fue puesto a consecuencia de que este era el nombre del Tribunal de Barcelona, "El Consulado del Mar".

EDAD MODERNA

La Ordenanza de la Marina de 1681 de Luis XIV.— Es con esta Ordenanza con la que realmente se inicia la legislación marítima moderna; va a ser el primer código de derecho de la navegación marítima comercial y administrativa; dicho documento elaborado bajo el patrocinio de Colbert en el reinado de Luis XIV, será la fuente inspiradora de otros cuerpos legales, tales como el Código de Comercio Francés de 1808

24.— Ob. cit. pág. 67

y otros pertenecientes a la legislación española, como por ejemplo; las Ordenanzas de Bilbao que son promulgadas en 1737 por Felipe V, y que a su vez van a ser las fuentes inmediatas del derecho de la navegación marítima para la América Colonial.

El Guidón de la Mar.— Aparece en el siglo XVII, y al decir de Cervantes Ahumada... "es también una colección de los principios de derecho marítimo aceptados por la costumbre y, además, contiene la primera regulación sobre el Seguro Marítimo. Fue la base de la Ordenanza Francesa de Luis XIV promulgada en 1681" (25). (Hace una cita a Perdessus). Continúa el autor de referencia y manifiesta que "en Alemania se produce el Código Henseático en donde se concluyeron las costumbres marítimas que contienen los Roles de Olerón y las Leyes de Wisby; de igual forma en Inglaterra se produjo el Libro Negro del Almirantazgo en el siglo XIV (1375), el que también tiene una muy notoria influencia de los Roles de Olerón". (26).

Es así y como a nuestro modesto criterio, acertadamente asienta el maestro Rodolfo A. González-Lebrero: "Se cierra así una etapa en la evolución del Derecho de la Navegación, abandonando su tarea el Recopilador Lego, para ceder paso al legislador pro—

25.— Ob. cit. pág. 12

26.— Idem. pág. 12

fesional". (27)

3.- LA NAVEGACION EN NUESTRO DERECHO POSITI VO.

El antiguo derecho de la navegación marítima por lo que respecta a México, va a tener como antecedente inmediato a las Leyes Españolas. Ya Cervantes-Ahumada, nos dice: "Entre las leyes marítimas españolas que entre nosotros constituyeron nuestro derecho marítimo positivo, por la vigencia que tuvieron en la época colonial, debemos señalar en primer lugar, Las Partidas del Rey Alfonso El Sabio (1266), La Ordenanza de Sevilla que data del siglo XIV, y las Ordenanzas y Estatutos de la Casa de Contratación de Sevilla de 1556 y en la época moderna, el Código Napoleón que influenció a nuestro Código de Comercio de 1890 y La Ordenanza de Bilbao, que rigieron entre nosotros aún-después de la Independencia". (28)

Así pues, no fue sino hasta la época porfirista en que se asentaron las leyes propiamente mexicanas referentes al derecho de la navegación marítima y concretamente en nuestro Código de Comercio, el —

27.— Ob. cit. pág. 4

28.— Ob. cit. pág. 12

Francés de 1808, así como también en las leyes españolas, entre ellas La Ordenanza de Bilbao citada con en terioridad. El desarrollo de la navegación marítima-mexicana ha sido lento y perezoso; no obstante, se — empezó a sentir la necesidad de regular debidamente — las actividades de la materia que nos ocupa en este — tema. No es sino hasta el año de 1956, cuando a re— querimientos expresos del Comité de Cooperación Econó— mico del Istmo Centro-Americano, la administración de asistencia técnica de las Naciones Unidas, creó una— Misión de Asistencia Técnica encargada de preparar un proyecto de Legislación Marítima y Portuaria Uniforme para los cinco países centroamericanos, habiendo sido elegido entre otros ilustres tratadistas el mexicano Raúl Cervantes Ahumada. El mencionado proyecto es lo que va a dar real y objetivamente origen a que los go bernantes mexicanos reconozcan la ingente necesidad — de elaborar un ordenamiento propio para regular la na vegación marítima mexicana. Preocupándose por tal — hecho, el extinto Presidente de la República Licenciado Adolfo López Mateos, encomendó al autor patrio citado anteriormente, la formulación de un proyecto de ley para la navegación marítima mercante. Dicho proyecto de ley fue elaborado teniendo como antecedentes para tal efecto el Proyecto de Código Marítimo Uniforme para los Países Centroamericanos así como los precedentes de la legislación comparada, las recopilaciones de usos marítimos y las convenciones internacionales, tomando en especial consideración las caracterís

ticas propias de los problemas mexicanos. (29) El mencionado proyecto fue sometido a autoridades marítimas, por lo que con la colaboración de ellas se produjo el proyecto que llevaría el nombre de "Ordenanzas de la Marina Mercante".

Por otro lado y en forma paralela, el H. Senado de la República en el año de 1961, llevó en su seno la realización de estudios preliminares con el objeto de unificar todas y cada una de las materias que comprende el derecho de la navegación marítima. El proyecto al que se alude, está compuesto de 422 artículos, el cual declara en su prólogo lo siguiente:

"H. Asamblea.- Para la formación de esta iniciativa de ley de navegación marítima, se considera la necesidad de establecer disposiciones convenientes que unifiquen y establezcan criterios que en parte ya existen en el Libro Tercero de la Ley de Vías de Comunicación; que comprende diversos puntos de esta materia, así como en el Libro Tercero del Código de Comercio y la parte relativa a la Ley Federal del Trabajo; además de otras leyes y ordenamientos que en

29.- CFR. Raúl Cervantes Ahumada. Ley de Navegación y Comercio Marítimos. Editorial Herrero México, D.F. 1964 pág. 11

desuso, anacrónicas o dispersas, entorpecen la expansión de la navegación y los servicios marítimos, siendo necesarias normas específicas para confrontar las necesidades actuales, a fin de fomentar las actividades de este ramo con la intervención del Estado y de los particulares. Por otra parte la necesidad de esta ley obedece a que la de Secretarías de Estados ha creado la autoridad marítima al señalar las atribuciones que pertenecían a otras esferas de competencia, — resulten insuficientes; asimismo, existe el antecedente de la Ley Orgánica Especial para la Armada, pero — en materia de marina mercante hace falta un ordenamiento e instrumento propio para regularla".

"Con el objeto de cumplir estos propósitos, y jerarquizar la autoridad de la Secretaría de Marina que emana del Ejecutivo y que se ejerce principalmente a través de las Direcciones de Marina Mercante y de las obras marítimas, se crean las bases para establecer autoridades marítimas portuarias con sentido de — una administración moderna de los puertos del país, — para proporcionar con mayor eficacia los servicios — respectivos".

"Se ha considerado también indispensable propiciar el desarrollo de la marina mercante dando especial atención a las bases esenciales de construcción naval y al régimen del personal a bordo y en tierra —

sin afección de sus derechos adquiridos para la mayor seguridad del manejo de las embarcaciones y de los servicios portuarios. Con los mismos propósitos, también se establecen las preferencias convenientes para las empresas marítimas nacionales y se estatuye el Registro Público Marítimo Nacional, así como los sistemas de concesiones, contratos, permisos, servicios de remolque, dragados, salvamento y otros y se adoptan sobre el comercio marítimo, las disposiciones de orden internacional y nacional de orden público".

"Al regularse las funciones de la autoridad marítima se estima pertinente sentar las bases para coordinar sus funciones con las autoridades en las ramas de Salubridad, Migración, Hacienda, Comunicaciones, así como las Estatales y Municipales y con los intereses legítimos de los particulares, sobre todo para poderse afrontar los problemas de administración que se presenten en cada uno de los puertos del país"

"Dentro de estos propósitos la Ley contempla tres tipos de relaciones: Las que corresponden al campo del Derecho Público y de las que existen amplios precedentes en las disposiciones contenidas en la Ley de Vías Generales de Comunicación; las relaciones jurídicas de la autoridad con los particulares también consideradas en el propio Ordenamiento, y por último las bases esenciales que el Estado debe consi-

derar para las relaciones entre los propios particulares en sus intereses privados y que fundamentalmente siguen regidas por el Código de Comercio en vigor".

"Por todo lo anteriormente expuesto, los autores de la iniciativa someten para su estudio y dictamen a esta H. Asamblea, el siguiente proyecto de Ley de Navegación Marítima".

. Lleváronse a cabo en la Cámara de Senadores y en Audiencias Públicas las discusiones de dicho proyecto. El 19 de julio de 1962 fue objetado el proyecto referido por Cervantes Ahumada, presentando el proyecto elaborado con anterioridad por él, el cual con posterioridad fue discutido con una Comisión de Senadores actuando también representantes de diversos sectores, lo cual dio como resultado que el texto del proyecto elaborado por Raúl Cervantes Ahumada sufriera modificaciones aunque no en lo fundamental, reconocido ésto último inclusive por el propio autor citado (30), y el cual pasaría a ser lo que hoy es nuestra actual y vigente Ley de Navegación y Comercio Marítime; Ordenamiento legal que va a derogar el Libro Tercero de nuestro Código de Comercio vigente.

30.- CRF. Raúl Cervantes Ahumada, Ob. cit. pág. 12

4.- CONCEPTO DE DERECHO MARITIMO.

Terminología: Las diferentes denominaciones que ha recibido nuestra disciplina han sido varias, encontrándonos entre las posturas adoptadas más importantes:

- a) La de aquellos que convienen en llamarle el Derecho Marítimo. (31)
- b) Los que consideran indiferente llamarle Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación. (32)
- c) Los que sostienen en denominarlo Derecho

31.- Raúl Cervantes Ahumada, Ob. cit. pág. 5; F. de Gamechogoicochea Ob. cit. Rodolfo Mezzera Alvarez, Ob. cit. pág. 28; Georges Ripert, Ob. cit. pág. 11; Julius Von Gierke, Derecho Comercial y de la Navegación. Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires 1957, Tomo I, pág. 11

32.- Alberto Díaz Miers. Derecho de la Navegación, — Editorial Ciencia Económica, Buenos Aires 1954 — pág. 6

de la Navegación Marítima. (33)

En México, país aún 'incipiente' en materia de navegación marítima, es usual el término 'Derecho-Marítimo'. En nuestro particular criterio, nos adherimos con los que sostienen en denominarlo Derecho de la Navegación Marítima, y concretamente adoptamos la tesis de Antonio Scialoja, quien acertadamente dice:—"Es más exacto hablar de Derecho de la Navegación por que esta rama del derecho no solo contempla la navegación marítima, sino también la interna y la aérea, y porque su especialidad y su unidad provienen del hecho técnico de la navegación". (34) Disentimos de quienes inclusive colocan el Derecho de la Navegación Marítima en un término secundario y accesorio del Derecho Comercial (35), toda vez que como con gran acierto sostiene Héctor A. Schuldreich Talleda: "No es un derecho subsidiario, accidental secundario, sino por el contrario, es un derecho principal, con formas y necesidades propias y por tanto con caracteres de originalidad" (36)

33.- Rodolfo A. González Lebrero. Ob. cit. pág. 1 — Héctor A. Schuldreich Talleda, Ob. cit. Antonio Scialoja, Ob. cit. pág. 6.

34.- Ibidem. pág. 39

35.- Julius Von Gierke, Ob. cit. pág. 11 Tomo I

36.- Ob. cit. pág. 1

CAPITULO II

GENERALIDADES

- 1.- CONCEPTO DE ABANDONO Y DE OMISION.
- 2.- BREVE HISTORIA DE LOS DELITOS POR OMISION
- 3.- BIEN JURIDICO TUTELADO
- 4.- UBICACION DEL DELITO DE OMISION DE AUXILIO A PER
SONAS EN PELIGRO EN EL MAR, EN NUESTRO DERECHO -
POSITIVO.

GENERALIDADES

1.- El título que presenta la portada del presente trabajo se debe a que dentro del Capítulo VII, intitulado Del Abandono de Personas, del Título Decimonoveno, de los Delitos contra la vida y la integridad corporal que, establece nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, se reglamenta el delito en estudio: La Omisión de Auxilio a personas en peligro, el cual relacionado con el Artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos recibe el nombre de Omisión de Auxilio a personas en el Mar.

Resulta comprensible la fácil confusión en que se cae cuando a nuestro delito se llama Abandono de Personas en virtud de estar regulado precisamente dentro del epígrafe del capítulo citado, 'del Abandono de personas'. Por ello, consideramos necesario dejar establecido el concepto de cada uno de ambos ilícitos, éste es, del Abandono de personas y el de Omisión de auxilio a personas en peligro.

El diccionario jurídico, nos dice: Abandono "Acción y efecto de abandonar; a su vez, dicho dic-

cionario nos señale: Abandonar, dejar, desamparar a una persona o cosa". (37)

Justa es la doctrina cuando nos dice que — el abandono de personas consiste en dejar a las personas o cosas en situación de desamparo material con — peligro para su seguridad física o de sus bienes, sea que se lleve a algún lugar o bien dejándolo en donde se le encontró. Y si bien es cierto que el delito de abandono de personas puede cometerse mediante omisión esto precisamente es lo que hace que dicho ilícito no sea de omisión simple o propia, constituyéndose en un delito de acción o de comisión por omisión. Por — ello, creemos sin asomo de duda que no cabe siquiera la confusión respecto al delito de omisión simple.

Sebastián Soler nos dice: "No se trata, — pues, de un delito de omisión propio aunque pueda cometerse mediante omisión, pues su consumación no consiste en no cumplir los deberes de asistencia, sino — en poner en peligro la vida del abandonado mediante el abandono". (38)

37.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, Argentina — 1962

38.- Derecho Penal Argentino Tomo III, Pág. 213 Editorial TEA. Buenos Aires 1956.

Por otro lado y a mayor abundamiento, el delito de comisión por omisión, se caracteriza por la violación a una norma prohibitiva que establece un deber de carácter más o menos abstracto. La omisión simple, por el contrario, viola una norma preceptiva o imperativa, esta norma es categórica e imperativa, impone una actividad cuya desobediencia es lo que precisamente hace surgir la simple omisión; no se cumple con la conducta esperada y exigida por la propia norma.

Se pone en evidencia la clara diferencia en estos tipos delictivos, pues, en los simples delitos omisivos, el "resultado" invariablemente ha de faltar en tanto que en los mal llamados de comisión por omisión, se tiene un "resultado" positivo, esto es, se da el "resultado" que configura el delito.

Por lo antes expuesto, consideramos acertadísima la denominación que a los delitos de "comisión por omisión" les da Porte Petit al preferir llamarles "de resultado material por omisión". (39)

Omitir, nos dice el diccionario, es: "Dejar de hacer algo. Omisión: Falta en que se incurre

(39) Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal Tomo I Pág. 305 Editorial Jurídica Mexicana-la. edición México. 1969.

cuando se deja de hacer algo". (40)

Si las leyes imponen un deber de actividad, el incumplimiento de ese deber sancionado por la Ley Penal constituye delito de omisión, porque la ley que establece obligaciones activas se viola precisamente con actos negativos.

La doctrina nos enseña que hay delitos de simple omisión, de comisión por omisión y de omisión-espiritual. (41)

La omisión simple, lo constituye la misma omisión, "es la violación de un precepto de naturaleza esencialmente ordenadora o imperativa". (42) Para Sánchez Tejerina, la esencia del delito de simple omisión "está en la naturaleza imperativa, no en la forma del precepto". (43)

40.- CFR. Enciclopedia citada.

41.- Ibidem, ver el Delito de Omisión

42.- Sánchez Tejerina Isais. Teoría de los Delitos de Omisión pág. 59 Editorial Hijos de Reus Madrid - 1918.

43.- Ob. cit. pág. 59

Los delitos de comisión por omisión son — aquellos en donde el agente omite una norma ordenatoria y desobedece una norma prohibitiva. Según la doctrina francesa, "el delito de comisión por omisión es aquel que participa del delito de acción en cuanto no infringe un precepto o norma de obrar, sino una prohibición, y participa también del delito de omisión en cuanto a su forma de exteriorización omisiva o pasiva (44).

En concepto de Sánchez Tejerina, "la esencia de estos delitos está en una prohibición. Siempre que exista un hecho que vaya contra un precepto prohibitivo y podamos relacionarle con una voluntad criminal, tendremos un delito de esta clase". (45)

"Los delitos de omisión espiritual, constituyen la culpa; no se han adoptado las medidas necesarias para que el propio acto ocasione efectos perniciosos, habiendo existido la posibilidad de preverlo. (46)

44.— Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor Barcelona 1965 ver Delito de Comisión por Omisión

45.— Ob. cit. pág. 76

46.— CRF. Enciclopedia Jurídica Omeba cit. ver Concepto de culpa; y Sánchez Tejerina I. Ob. cit. pág. 93.

Pero en realidad, pensamos que el problema ya no es de decidir si hay o no distintas clases de delitos omisivos; éste se cierne a saber si hay o no relación de causalidad en dichos delitos omisivos.

Aunque el problema en sí es respecto a los delitos de resultado material por omisión o de comisión por omisión, motivo por lo que independientemente de lo delicadísimo que constituiría tocar dicho tema, creemos que éste más que nada, corresponde a la parte general del derecho penal.

2.- BREVE HISTORIA DE LOS DELITOS POR OMI— SION.

Ya desde la más remota antigüedad se tenía la idea del delito por omisión.

Según señala Sánchez Tejerina "en el derecho judío y en varios pasajes de los Libros de Moisés se consagra el deber jurídicamente exigible, con penas muy severas de evitar un daño al semejante siempre que fuere fácilmente evitable". Continúa narrando el autor de referencia y manifiesta que -- "en ese mismo sentido el pueblo egipcio conserva algunos fragmentos con la misma idea". (47)

47.- Sánchez Tejerina I. Ob. cit. pág. 14

Así, prosigue el devenir histórico y es en el primitivo derecho romano en donde existía un deber de obrar en determinados casos aunque estos se consideraban como características de respeto y sumisión del esclavo hacia el Señor; solamente con posterioridad es que fue sancionada la omisión y se le calificó con el nombre de "delictum" en contraposición al delito por acción, que llevaba el nombre de "crimen".

En el derecho canónico, hubo la misma tendencia. Por lo que hace al pueblo español, los esclavos y los sirvientes que no acudían a defender a sus señores cuando veían que eran agredidos, incurrían en la pena capital. Finalmente y acogiendo el juicio del autor citado, pensamos que el aspecto histórico en realidad nada tuvo de científico; sólo se le puede apreciar un valor de carácter humanitario.

Por lo que respecta a nuestro derecho patrio, es en el Código de Veracruz de 1835 en donde por vez primera encontramos previsto y sancionado el ilícito que nos ocupa en la Tercera Parte intitulada "De los delitos contra los particulares, Título I denominado " De los delitos contra las personas" y en el epígrafe Disposición común a las seis secciones precedentes, en el artículo 661 que a la letra dice:

"Art. 661.- Todo el que pudiendo hacerlo —

sin grave perjuicio ni riesgo suyo, no prestare el so corro que esté en su arbitrio a cualquiera persona — que halle herida, maltratada, acometida por un agre— sor injusto o constituida en otro conflicto que re— quiera los auxilios de la humanidad, será apercibido, sufrirá desde tres meses de arresto hasta dos años de prisión, y pagará además una multa de 2 a 50 pesos; — observándose lo prevenido en el artículo 137 respecto del que desempeñe esta obligación como allí se espresa".

En el Código Penal de 1871, conocido con el nombre de Código Martínez de Castro, encontramos el delito materia de este trabajo en el Título Segundo — denominado Delito contra las personas cometido por — particulares, Capítulo XII, que a la letra dice: Ar— tículo 623. Se castigará con la pena de arresto me— nor a multa de 20.00 a 100.00 pesos al que encontrare abandonada a una persona enferma y expuesta a perecer o a sufrir un grave daño por falta de auxilio, si pu diendo, no se le proporcionare ni diere parte a la au toridad para que se le proporcione.

Por su parte el Código Penal de 1929 elaborado por el Lic. Don José Almaráz en el Capítulo X — intitulado de la Exposición y del abandono de niños y enfermos, creemos hallar a nuestro delito en los Arti culos 1019 y 1020 que a la letra dicen:

Artículo 1019.- La exposición o abandono de personas enfermas, por el que la tiene a su cargo, y cuya vida corre peligro por falta de auxilio, se sancionará en los casos de los artículos 1013 y 1015 como en ellos se previene.

Artículo 1020.- Al que encuentre abandonado en cualquier lugar a un niño menor de dos años o en lugar solitario a un menor de diez años, se le aplicará arresto de uno a cuatro meses y pagará una multa de cinco a veinte días de utilidad, si no lo recogiere, ni diere aviso a la autoridad más inmediata.

Como se ha podido observar, es evidente la carencia de técnica legislativa que observan dichos cuerpos legales y, esto, creemos es explicable si tenemos en cuenta la inestabilidad política que sufrió el país a expensas del movimiento independiente, y aún advertimos que el mas sufrido de los códigos penales fue el último de los citados, que aunque como bien señala Olga Islas Magallanes "El ambiente para la legislación de 1929 fue desfavorable y hostil" (48), también creemos que ese ambiente hostil fue positivo en cuanto a que despertó un interés fehaciente en ju-

48.- Islas Magallanes Olga. El Delito de Revelación de Secretos Mexico 1962.

ristas mexicanos para criticarlo y en consecuencia su perar sus deficiencias. Empero, sin embargo, aunque el Código Penal vigente es más científico en su sistematización no escapa a la crítica, por lo que nosotros creemos cometió la misma falla que los otros en cuanto a lo que atañe a nuestro delito, pues consideramos que el epígrafe en donde debe estar incluido es en uno que verse sobre el bien jurídico que tutele la seguridad de las personas. Desafortunadamente en los proyectos de códigos penales 1949 y 1958 así como en el Código Penal tipo para la República Mexicana no se incluye a nuestro delito dentro del capítulo que consideramos debería estar, como lo sería por ejemplo el de la Libertad y Seguridad de las personas de que habla el Código mencionado en último lugar.

3.- BIEN JURIDICO TUTELADO.

Hoy en día, las clasificaciones que se hacen de los delitos en los ordenamientos penales positivos puede decirse que son con base científica y para tal efecto, se parte de la variedad de los bienes o intereses jurídicos tutelados. Empero, sin embargo, esto no es nuevo si tenemos en cuenta que ya el célebre — maestro Francesco Carrara sostenía este criterio en el sentido de que los delitos debían agruparse en distintas categorías teniendo en cuenta el bien o interés jurídico lesionado, en tanto la existencia de ca-

de delito implica la lesión de un derecho. (49)

El bien jurídicamente protegido en concepto de Von Litz no es un "bien del derecho, sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho". Dentro del ámbito penal cobra una importancia especial porque su misión específica es "la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección". (50)

Por su parte, Edmundo Mezger señala que "el bien protegido es el 'interés medio o genérico, -tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material del injusto'. El bien jurídico así entendido, puede presentarse como 'objeto de protección de la ley', o 'como objeto de -ataque contra el que se dirige el delito' y no debe confundirse con el 'objeto de acción', que pertenece al mundo sensible" (51).

Para el autor citado, sólo es posible llegar a una clara delimitación del objeto de la acción frente al objeto de protección, concibiendo el primero, como hace el texto, de un modo puramente corporal

49.- Cfr. Carrara Francesco. Programa Parte General, -pág. 125 Editorial Temis-Bogotá 1957 Parágrafo-170 bis Nota. 9

50.- Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba cit. ver El Bien Jurídico.

51 . Cfr. Ibidem. pág. 189

pues el objeto de la acción —dice— "es un concepto que pertenece a la consideración naturalista de la realidad, mientras que el objeto de la protección corresponde a la consideración valorativa sintética". (52)

Colegimos de lo expuesto que el bien jurídico protegido se identifica con el fin de la norma, lo que nos conlleva a concluir que de aquí es donde se parte para clasificar los ordenamientos jurídicos penales positivos, de acuerdo con los intereses sociales.

Ciertamente que en el campo penal, el concepto del bien jurídico cobra una importancia especial, —pues es incuestionable que como bien dice, entre otros, Von Hippel, "no porque la función del derecho penal sea otorgar la tutela jurídica, sino por su particular forma de otorgarla por medio de la amenaza y de la ejecución de la pena". (53)

Respecto al delito de Omisión de auxilio, —específicamente la doctrina no se muestra firme al indicar que el bien jurídico tutelado en dicho ilícito— es la solidaridad humana. Por nuestra parte, sostiene

52.— Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal pág. —
364 nota 9 Editorial Revista de Derecho Privado.
Madrid 1955

53.— Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba cit. pág. 189

mos que el bien jurídico que protege el delito de omisión de auxilio a personas en peligro, lo constituye "La seguridad de auxilio a personas en peligro". La afirmación que hacemos la fundamos en el concepto de bien jurídico tutelado dado por Mezger ya anotado en líneas anteriores, pues en el caso concreto creemos que los tratadistas confunden al objeto de la acción con el de la protección, o bien, con la naturaleza del delito. El objeto de la acción como dice el propio Mezger pertenece al "mundo sensible". En el delito que analizamos ¿cuál es el objeto de la conducta o como dice el propio Mezger de la acción?. Indudablemente que la omisión, el no hacer, el no cumplir con la conducta ordenada y exigida por la norma penal; y, cual será entonces el objeto de la protección sino el asegurar un auxilio a las personas en peligro y por tanto necesitadas de este, exentándolas en esta forma de todo daño. De aquí que inclusive pensemos que la confusión en que creemos caen algunos tratadistas los conlleve a no hacer una precisión cuando clasifican el delito que nos ocupa en orden al elemento objetivo en cuanto a su resultado, pues para algunos de ellos puede ser de lesión o de peligro o bien adoptando posiciones mixtas; en este sentido tenemos a Giuseppe Maggiore, Manzini y Cuello Calón. (54) Por-

54.- Maggiore Giuseppe. Derecho Penal Vol. IV pág. — 382 Edit. Temis Bogotá 1972; Cuello Calón E. Derecho Penal Tomo II pág. 737 9a. Edición Barcelona 1955; Manzini Vincenzo Tratado de Derecho Penal Italiano Tomo VIII pág. 301 Turín 1947

nuestra parte y como más adelante lo detallamos sostenemos que es un delito de lesión o de daño, pero no de peligro.

Buscando apoyo en nuestra postura, lo hallamos en el maestro Parte Petit, quien dice: "Para nosotros, el bien jurídico tutelado es la "seguridad de socorro o personas en peligro", sin desconocer que en virtud de la conducta omisiva, no se remueve el "peligro" a que alude la ley". (55)

4.- UBICACION DEL DELITO DE OMISION DE AUXILIO A PERSONAS EN PELIGRO EN EL MAR.

En nuestro sistema jurídico, no existe una legislación penal marítima en forma específica, los delitos de esta naturaleza están regulados tanto en nuestro código Penal Federal como en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y en el Código de Justicia Militar.

Por su parte la Ley de Navegación y Comercio Marítimos en el Libro Segundo Título Unico, del Régimen

55.- Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal pág. 295. Editorial Jurídica Mexicana, 2a. Edic. México 1969.

men Administrativo de la Navegación, Capítulo IV del Auxilio, del salvamento y de los naufragios, en sus Artículos 72 en relación con el 340 del Código Penal-Federal y en el Artículo 81, tipifica únicamente dos delitos: El de omisión de auxilio y el de robo, respectivamente.

Por otra parte en el Código Penal vigente, el delito que nos ocupa está ubicado en el Título Décimo Noveno de los delitos contra la vida y la integridad corporal, Capítulo VII séptimo en forma indebida según nuestro criterio, pues si como hemos venido sosteniendo la clasificación científica se ha hecho en atención al bien jurídico protegido, es indudable que la tutela que otorga el derecho penal a nuestro ilícito materia de este trabajo, es el de la seguridad de auxilio, debe entonces quedar encuadrado en otro capítulo que verse precisamente sobre la seguridad, considerando que esto mismo vale para el propio delito de abandono de personas en cualquiera de sus hipótesis.

CAPITULO III

I.- ESCUELAS PENALES.

- a) Clásica
- b) Positivista
- c) Ecléctica.
 - 1) Alemana
 - 2) Italiana.

II.- CONCEPTO DE DELITO.
Elementos del Delito
Presupuestos.

III.- LOS PRESUPUESTOS EN LA DOCTRINA.

IV.- EL ESTADO DE PELIGRO COMO PRESUPUESTO DEL DELITO DE OMISION DE AUXILIO A PERSONAS EN PELIGRO EN EL MAR.

ESCUELAS PENALES

Es común que al hablar de las escuelas penales en obvio de razones deba tratarse la definición del delito; empero, creemos realmente debe indagarse su concepción jurídica, sólo así es como entendemos el verdadero motivo de hablar de dichas doctrinas.

ESCUELA CLASICA.

Es precisamente en la escuela clásica en donde surge el intento de dar una sistematización al derecho penal; en consecuencia es la primera en establecer una concepción del delito. No obstante cabe advertir, que ya existía un antecedente en los Códigos como el de Hammurabi y el de Manú, en los que si bien es cierto no se daba una definición de lo que se entendía por delito, sí en cambio, las conductas consideradas como delictuosas fluían alrededor de uno de los elementos principales del propio delito; tal era, el de la culpabilidad. (56)

Ciertamente son los clásicos César Bonesana Marqués de Beccaria con su "Tratado de los delitos y de las Penas" quien da los inicios en la escuela clásica.

56.- Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor Pág.-
419 Barcelona 1965.

sica, culminando con la luminaria de Francesco Carrara, estableciendo los caracteres propios de la doctrina que encabezan, y es precisamente este último el que con su fina y aguda sabiduría da luz a la concepción jurídica consciente del delito, he aquí su definición: "Infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos". (57).— Es en esta noción donde concebimos la esencia jurídica del delito como ente jurídico y no como un hecho,— pues hay una violación a la ley de donde se origina la antijuridicidad; esto es lo que nosotros alcanzamos a concebir de la doctrina clásica y concretamente de Carrara. Así pues, para este autor el delito, es infracción de la ley.

Así pues, la generalidad de los tratadistas en derecho penal coinciden al establecer los principios generales de la escuela que comentamos; estos — son a saber:

- a) Un método lógico—abstracto, es decir, — aquel acervo de procedimientos lógicos — ordenados (análisis, síntesis, inducción deducción, interpretación, etc. etc., —

57.— Programa Parágrafo 21 Pág. 41 y sigs. Buenos Aires. 1955.

que nos llevarán al conocimiento completo de la norma jurídica.

- b) La imputabilidad moral descansa en el Libre Albedrío, toda vez que si el hombre es responsable moralmente precisamente por poseer un libre arbitrio, consecuentemente el hombre es responsable penalmente por serlo en lo moral.

- c) La pena considerada como la retribución de un mal con otro mal; es decir, como castigo, pues para ellos ese castigo representa un medio intimidativo para los demás.

- d) El delito es un ente jurídico y no un ente de hecho, pues para esta doctrina — cualquier conducta violatoria de una norma bien prohibitiva o preceptiva, será delito, es decir; cuando el agente activo ofenda los derechos de otros protegidos por la ley.

ESCUELA POSITIVA.

En primer lugar debemos plantear ¿por qué —

surgió esta escuela?. Se dice en la doctrina que su surgimiento se debió al hecho de haber olvidado la — escuela clásica estudiar al protagonista de la conducta delictuosa y por ello, su investigación la enfocaron precisamente sobre el delincuente, utilizando para tal efecto un método experimental; de ahí su nombre de positivista.

Fueron Lombroso, Ferri y Garófalo quienes — encabezan esta escuela, aunque no fue sino el último autor citado quien diere un alcance relevante a la — concepción jurídica del delito debido, tal vez, a que los otros dos no eran juristas y a esa causa se debe la proyección que dieron al delito más que el ámbito jurídico, al antropológico (Lombroso) y al sociológico (Ferri).

La escuela positivista considera al delito — como un fenómeno natural y social producido por el — hombre, y a diferencia de los clásicos, no lo ve como un ente jurídico ni consideran a la pena como la retribución de un mal con otro mal o como castigo, sino que por lo contrario, estiman que la pena es una defensa social y se fundan en la responsabilidad social y no en el libre albedrío. En esta forma podemos observar la noción de delito dada por Garófalo quien — lo define diciendo: "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida in-

dispensable para la adaptación del individuo a la colectividad" (58)

ESCUELA ECLECTICA.

Necesario era ya tratar de conciliar las diversas posturas de clásicos y positivistas ante el inminente advenimiento de la Política Criminal. Por ello es que nace la "Tercera Scuola" encabezada por Carnevale y Alimena, cuya finalidad es la de aunar los esfuerzos de los penalistas en las luchas contra el crimen; va en consecuencia, a tener un carácter esencialmente defensivo, pues, de los positivistas adopta el método experimental; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, ciñéndose al criterio de la defensa jurídica, viendo en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la prevención general del delito, se adhiere al determinismo positivista aunque niega que el delito sea un acontecimiento inevitable; de la escuela clásica acepta únicamente la distinción entre imputables e imputables.

1.- Es Von Litz quien en Alemania escabeza a la joven "Escuela Sociológica"; lleva la dirección de la política criminal y respecto al delito nos dice

58.- Gerófolo, citado por Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal 8a. Edición — pág. 126 Edit. Porrúa México 1974.

reconocer que es un concepto jurídico; pero como fenómeno natural entiende que surge por impulso de factores endógenos y exógenos, el delito; es, por una parte una creación de la ley, mientras por otra, resulta ser un fenómeno social cuya etiología puede ser determinada por estudios realizados por otras ciencias; — las penas y medidas de seguridad son medios legales de lucha contra el delito.

2.— En Italia, es Vincenzo Manzini quien dirige la política criminal con el nombre de "Escuela — Técnica Jurídica", para la cual en esencia la pena, — es, un instrumento de conformidad con las exigencias de la técnica para lograr no únicamente la prevención general o especial, sino la readaptación del delincuente, sólo así es como la pena cumple su función defensora del orden jurídico, pues basan la responsabilidad en la capacidad de entender y querer.

He pues aquí el concentrado eclecticismo — que contiene la corriente doctrinal acabada de enunciar en líneas anteriores y por ello la dura crítica que ha recibido, sin embargo, en las legislaciones modernas se advierte como han adoptado medidas de seguridad junto a las penas, que, indudablemente, es — uno de los más característicos aspectos de la escuela ecléctica.

CONCEPTO DE DELITO.

Para nosotros es irrelevante e innecesaria la definición de delito, toda vez que como dice Porte Petit: "Si en la Parte Especial del Código Penal se reglamentan conductas o hechos constitutivos de delito, es superfluo establecer el concepto del mismo en la Parte General de dicho ordenamiento". (59). Sin embargo, diversos autores han emitido conceptos del delito desde dos puntos de vista jurídicos: Jurídico-Formal y Jurídico Substancial.

Dentro de los primeros tenemos a Edmundo — Mezger quien señala: "El delito es una acción punible" (60). Cuello Calón manifiesta: "La acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena" (61).— Por lo que hace a nuestro derecho positivo, el código penal da una definición formal en su artículo 7 en — donde asienta: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Los mismos autores que citamos emiten asimismo una definición jurídica substancial; el primero nos dice: Delito es "la acción típicamente antijurídica y culpable" (62). Para el segun

59.— Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal 8a. Edición Pág. 126 Edit. Porrúa México 1974

60.— Tratado de Derecho Penal. Tomo I pág. 156 Madrid 1935.

61.— Derecho Penal Tomo I Editora Nacional Pág. 255 — México.

62.— Ob cit. pág. 156

do delito es "la acción antijurídica típica, culpable y sancionada con una pena". (63)

Por nuestra parte, pensemos que el problema a plantear consiste en cómo conocer la composición — del delito y para ello, necesario es recurrir a los — sistemas creados por la doctrina con el objeto de llegar a tal fin. Así pues, son dos las corrientes que al efecto se han elaborado, a saber:

- A) Teoría Totalizadora o unitaria, y
- B) Teoría Análítica o Atomizadora.

a) Esta corriente doctrinal estima que el — delito constituye una entidad esencialmente unitaria — y orgánicamente homogénea, es decir, una entidad que — no puede ser escindida o dividida, de tal manera — que el delito es un todo orgánico sin dejar de presentar diversos aspectos; empero, de ninguna forma esto — implica su divisibilidad; por tanto, la realidad del — delito no obedece a la existencia de cada uno de sus — elementos ni a la suma de los mismos, sino en el todo y en su intrínseca unidad, y solamente desde este pun

63.— Ob. cit. Pág. 257

to de vista es como se puede concebir el real contenido del delito.

b) Los partidarios de esta doctrina, consideran el estudio del delito únicamente dividiéndolo;— esto es, desintegrándolo en sus propios elementos sin que deje de existir una estrecha vinculación entre ellos en razón ni más ni menos de la unidad de delito.

Nosotros, sin reservas nos adherimos a esta última doctrina y en su apoyo invocamos el juicio de Petroccelli quien dice: "El análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica" (64).— Creemos pues, que el delito debe ser estudiado no solamente desde el punto de vista de su unidad sino también desde el punto de vista de los elementos comunes que lo integran, pues sólo de esa forma hemos de concebir la verdadera naturaleza del delito.

ELEMENTOS DEL DELITO.

Si como hemos manifestado somos partidarios

64.— Citado por Porte Petit Ob. cit. Pág. 241.

de la teoría analítica, o atomizadora, primeramente-
indicaremos que a las notas esenciales del delito les
llamaremos elementos, entendiendo por tales a las par-
tes que integran o componen un todo. Es necesario de-
jar establecido que entre los elementos del delito -
no existe una prioridad temporal, pues sin asomo de -
duda no surge primero uno y en forma sucesiva los de-
más; es por demás evidente que se dan todos en una so-
la vez cuando el ilícito surge; empero, desde el pun-
to de vista dogmático lo primero que surgirá será la-
conducta o hecho y una vez verificada su existencia,-
deberá encuadrarse con los demás elementos, y precisa-
mente la causa de esto es que sí existe una prelación,
pero lógica, entre los elementos del delito.

Ahora bien, dentro de la doctrina que nos -
mostramos partidarios, existen varias subclasifica-
ciones, así tenemos a la teoría bitómica, a la tritó-
mica, tetrátomica, pentatómica, hexátomica y heptató-
mica.

Para los fines de nuestro trabajo y apegán-
donos a nuestro ordenamiento penal positivo, necesari-
amente hemos de escoger la concepción heptatómica,-
pues no es posible aceptar la teoría tetratómica, que
aunque ciertamente como señala Porte Petit, "a primera
vista es la que encuadra a virtud de la definición ju-
rídico formal que nos da el Artículo 7 del Código Pe-

nal: "Delito es el acto u omisión que sanciona las — leyes penales; o sea que el delito es una conducta tí— pica, antijurídica y punible" (65), no obstante y como él mismo indica, coligiendo el precepto citado — con el Código Penal, tendremos otra construcción.

En efecto, si relacionamos el concepto de — delito antes señalado con los Artículos 8, 9 y 15 — del propio cuerpo de leyes, tendremos una definición— de carácter jurídico substancial, considerándola nos— tros como acertada. Dicha definición sería: Delito— es "una conducta típica, antijurídica, imputable, cul— pable que a veces requiere de condiciones objetivas — de punibilidad y punible". Así entonces será la teo— ría atomizadora o analítica en su especie de heptató— mica la que adoptemos al tratar de nuestro trabajo.

LOS PRESUPUESTOS

Antes de iniciar el estudio de los elemen— tos de delito, se hace necesario en primer término re— ferirnos a los presupuestos y al respecto Porte Petit señala:

65.— Importancia de la Dogmática Jurídica Penal Pág. 30 México 1954.

"Los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales, y así como pueden señalarse de antemano los presupuestos del delito generales, no pueden mencionarse previamente los especiales, que serán aquellos que requieran en particular - cada figura delictiva" (66)

Parte Petit (67) siguiendo a Petrocelli y a Masari anota que son presupuestos generales del delito: "La norma penal, el sujeto activo y pasivo, la imputabilidad y el bien jurídico tutelado"; enseña además que como el delito está formado por varios elementos, los presupuestos generales del delito serían presupuestos de cada uno de dichos elementos; esto es, - presupuesto general por ejemplo lo sería el sujeto activo de la conducta o el hecho; el tipo de la tipicidad; la norma de la antijuridicidad y la imputabilidad de la punibilidad. Finalmente el autor que comentamos concluye afirmando que la ausencia de un presupuesto general determina la inexistencia del delito y que la ausencia de un presupuesto especial tan solo implica la variación de tipo delictivo.

66.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Jurídica Mexicana. México 1969 — pág. 258

67.- Cfr. Ob. Cit. pág. 258 y siguientes.

Por nuestra parte creemos en la existencia de delitos los cuales en ocasiones tienen presupuestos de mayor importancia que los mismos elementos del delito.

Tal afirmación la sostenemos en razón de que lejos de analizar si los presupuestos deben aceptarse o no, tal y como sucede en la doctrina, para nuestro criterio pensar en ello es estar fuera de tiempo. — Consideramos como incuestionable que los presupuestos son una realidad, una verdad viviente.

Ahora bien, el problema a plantear es sólo en cuanto a su división, existiendo la tesis de quienes consideran que son presupuestos del delito y, la de quienes sostienen que únicamente hay presupuestos de la conducta o del hecho.

Cierto es que Vincenzo Manzini quien introdujera al campo penal el tema de los presupuestos. — Presupuestos del delito, dice dicho autor "son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, a la existencia o inexistencia de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo de que se trata. Mas adelante señala: "Los presupuestos del hecho son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores

a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito. Si faltan el hecho, como tal, no es posible, - por ningún título de delito". (68).

Como se aprecia. Manzini establece presupuestos del delito y presupuestos del hecho.

Esteffeno Riccio critica a Manzini y a nuestro parecer supera la tesis de este autor, pues ya no distingue entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho, al señalar: "La distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho, no se tiene en pie, porque mientras por una parte la falta de un presupuesto del hecho no implica solo la inaplicabilidad de la sanción, sino que produce la inexistencia del hecho mismo, por otra, el presupuesto del delito no cae solamente sobre el título delictivo particular, sino ante todo sobre la existencia del hecho como previsto en el título del delito" -agrega el referido autor- "Ninguna diferencia no conceptual, ni real existe entre los presupuestos del hecho y los presupuestos del delito, los cuales son una misma cosa y representan los antecedentes indispensables para

68.- Tratado de Derecho Penal Primera Parte. Teorías Generales Vol. II Págs. 37 y 38 Buenos Aires - 1948.

la existencia de un determinado hecho delictuoso" -
(69).

Asímismo, el jurista que comentamos niega la distinción que se hace entre presupuestos generales y especiales, indicando: "Lo que se define como presupuesto especial no es sino modificación o del sujeto activo o del objeto del delito, o del bien lesionable". (70)

Giacomo Delitala, coincide con la postura de Riccio, pues el autor citado en primer término, niega los argumentos de Manzini respecto a la distinción hecha por éste en cuanto a los presupuestos del delito y presupuestos del hecho cuya diferencia radica en dos motivos: a) Los presupuestos materiales y, b) La falta de un presupuesto del hecho anula radicalmente la antijuridicidad del hecho, en tanto que la falta de un presupuesto del delito, solamente determina la variación del hecho, bajo un título delictuoso-diverso.

Respecto al primer motivo aduce Delitala: -

69.- Los Presupuestos del Delito. Concepto y Determinación. Revista Jurídica Veracruzana Tomo XII número 3 Jalapa, Veracruz, México.

70.- Ob. cit. 163

"También los presupuestos del delito, del mismo modo que los presupuestos del hecho pueden estar constituidos tanto por elementos jurídicos como por elementos materiales" — y respecto al segundo motivo:— "Los llamados presupuestos del delito no determinan simplemente la variación del título delictuoso, sino que — producen el mismo efecto de los presupuestos del hecho ésto es, impiden la realización del hecho" (71)

Entre nosotros Porte Petit, aunque inicialmente dice: "Nosotros no vamos a colocarnos en una posición dual, aceptando tanto los presupuestos del delito como de la conducta o del hecho, sino considerando que solo hay estos últimos", más adelante se muestra dudoso e indica: "Nosotros podríamos definir los presupuestos del delito, suponiendo su aceptación diciendo que son aquellos antecedentes jurídicos, previos a la realización de la conducta o hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo". — Sin embargo, más adelante reflexiona y confirma su postura inicial diciendo: — "En verdad pensamos que tienen razón quienes sostienen el criterio de que solamente existen presupuestos de la conducta o del hecho, pues en los llamados presupuestos del delito si falta el presupuesto de carácter jurídico, en realidad, no hay

71.- "II Fatto nella teoria general del reato" Cedan-
Padova Pág. 201

variación o traslación del título del delito como se afirma, sino que se realice la conducta o hecho típicos, dándose en todo caso otro delito. Consiguientemente, los que aceptan los presupuestos del delito, - deben convenir en que si falta el presupuesto, no se da la figura delictiva o título de delito respectivo - aconteciendo lo mismo que cuando falta el presupuesto de la conducta o hecho. En consecuencia, los que sean partidarios de que únicamente hay presupuestos de la conducta o hecho, tienen que concluir que cuando falta el presupuesto de carácter jurídico, no se puede - realizar el tipo descrito en la norma, originándose - un delito diverso conteniendo el mismo núcleo del verbo, o bien, no se realiza la figura delictiva ni alguna otra, y que cuando falta el presupuesto material - no se realiza la figura delictiva ni alguna otra, o - se origina una tentativa imposible" (72)

72.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Tomo I Págs. 258 y 263. 1ª. Edición Edit. Jurídica Mexicana, México 1969.

Esquematiza en su clase de Derecho Penal —
con el siguiente cuadro:

Ausencia de los
presupuestos —
del hecho o de
la conducta.

I) Jurídicos

a) No se realiza la figura delictiva que se requiere — el antecedente jurídico — ni alguna — otra.

b) Se da un delito diverso

II) Materiales

a) No se realiza la figura delictiva de — que requiere el presupuesto material, ni alguna — otra.

b) Se origina — una tentativa — ve imposible

Por nuestra parte, nos adherimos al criterio del Porte Petit y además nos apoyamos en las tesis de Esteffano Riccio y Giacomo Delitala; ésto es, no advertimos diferencia entre los presupuestos del delito y los presupuestos de la conducta o hecho, en razón de los juicios expresados por los tratadistas citados y expuestos con anterioridad. Por otro lado, adoptamos la muy certera definición que hace Olga — Isles Magallanes al referirse a este tema diciendo: — "Los presupuestos de la conducta o del hecho son aquellos antecedentes jurídicos o materiales anteriores a la realización de la conducta o del hecho previstos en el tipo y necesarios para la existencia y consumación de un delito". (73)

Aceptamos la clasificación de los presupuestos en generales y especiales, habida cuenta que como bien dice Porte Petit: "Los presupuestos del delito han sido divididos en generales y especiales, y así como pueden señalarse de antemano los presupuestos del delito generales, no puede mencionarse previamente los especiales, que serán aquellos que requieran en particular cada figura delictiva" (74)

En el ilícito materia de nuestro tema de tesis, pensemos que contiene un presupuesto de la conducta de naturaleza material:

73.- El Delito de Revelación de Secretos. Pág. 75 México 1962

74.- Ob. cit. pág. 258

Un Estado de Peligro.

Por peligro, nosotros entendemos como toda-situación capaz de causar un daño, por diversa que sea su naturaleza, emenezando con recaer en una persona - en lo material.

En nuestro ilícito ¿de que peligro se trata? Indudablemente de un peligro de naufragio, de - pérdida del buque y de las vidas de las personas que se encuentran a bordo. Como se ve, no se trata de un peligro ordinario; pues de por sí, hallarse el hombre en el espacio marítimo es estar en un estado de indefensión ante el mar majestuoso y por la magnitud de - las catástrofes marítimas y fluviales sea en cualquier especie de la navegación: De comercio, de deporte, - turística, de pesca, etc., deja de ser ordinario. Por esto mismo, consideramos innecesario establecer el - otro presupuesto de la conducta también de naturaleza material y que en su redacción señalada el Artículo - 73 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos al de cir:

Artículo 73.- La obligación de auxilio.... en peligro o hubiese 'naufragio', pues pensamos que - el término 'naufragio' al igual que otras hipótesis - tales como las personas necesitadas de auxilio o so-

corro sea que se trate de personas incapaces de cuidarse así mismas, inválidas o heridas, están insitas en el término "peligro".

Justamente, en la exposición de motivos del Código Penal Tipo para la República Mexicana 1963, se hace un comentario al respecto cuando se habla del Artículo 293 que regula el abandono de personas y la omisión de auxilio, diciendo que en cualquiera de estas últimas hipótesis la doctrina ha considerado que se trata de una persona en peligro. (75)

Se trata, pues, de un presupuesto especial de la conducta de naturaleza material. En consecuencia, la no existencia de dicho presupuesto da por resultado que no se verifique la conducta que el tipo describe y por tanto, el delito será inexistente.

75.- Exposición de motivos del Código Penal Tipo para la República Mexicana 1963. Revista Mexicana de Derecho Penal. 1964.

CAPITULO IV.

EL TIPO Y SUS ELEMENTOS.

- 1) Nociones Generales del Tipo.
- 2) Sus Elementos.
 - A) Los Presupuestos.
 - B) Sujetos:
 - a') Sujeto Activo
 - b') Sujeto Pasivo.
 - C) Bien Jurídico
 - D) Conducta o Hecho.
 - E) Resultado
 - F) Objeto Material
 - G) Medios Exigidos.
 - H) Referencias exigidas por el Tipo.
Especiales, Temporales y Ocasionales
 - I) Elemento Normativo o Antijuridicidad Especial
- 3) Clasificación en orden al Tipo
- 4) Ausencia de Tipo.

EL TIPO Y SUS ELEMENTOS

Nociones Generales de Tipo.

1.- Verios son los tratadistas que han definido el tipo. Así por ejemplo Edmundo Mezger nos dice que "es el injusto descrito concretamente por la Ley" (76). Sauer señala "es una forma de aparición del injusto" (77). Luis Jiménez de Asúa considera que "tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito" (78). Y entre nosotros Jiménez Huer ta nos enseña que el tipo es "la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible". (79)

-
- 76.- Tratado de Derecho Penal. Pág. 366 Madrid 1955.
 77.- Derecho Penal Parte General I Pág. III Editorial Bosch. Barcelona 1956.
 78.- La Ley del Delito Pág. 235 Edit. Sudamericana - Buenos Aires 1973.
 79.- La Tipicidad Pág 11 y 15 Editorial Porrúa México 1955.

Inferimos de las definiciones expuestas que hay un común denominador en la noción del tipo. Este consiste en la descripción hecha por la ley como medida de protección ante la conducta delictuosa del hombre. Podemos decir en otras palabras que es la protección hecha por el legislador contra todo lo que choque con el derecho (antijurídico). Es pues, el injusto descrito y plasmado en la ley.

Oportuno creemos señalar, que no debemos caer en confusión entre el tipo y la antijuridicidad, pues el primero llega a su finalidad limitando la conducta delictuosa, la que una vez realizada en su totalidad va a dirigirse en su estudio al campo de la antijuridicidad. En igual forma debemos advertir, la diferencia entre tipo y tipicidad, pues a este respecto como bien señala Castellanos Tena: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". Agrega dicho autor: "La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto". (80)

Concluimos pues, que el tipo es quien regu-

80.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte-
General. Pág. 165 Editorial Porrúa México 1974.

la en su máxima forma la conducta o hecho que al realizarse viola la norma. Así entonces, en nuestro ilcito materia de tesis, el tipo está constituido por la descripción legal del elemento objetivo; esto es, la descripción del comportamiento antijurídico. Nuestro tipo legal está asentado en el Libro Segundo, Título Unico, Capítulo IV: del auxilio, del salvamento y de los naufragios Artículos 72 y 73 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en relación con el 340 del Código Penal vigente para el Distrito Federal dichos preceptos dicen respectivamente:

"Artículo 72.- Todo capitán de buque que se encuentra próximo a otra embarcación o persona en peligro, estará obligado a auxiliarlos y sólo podrá excusarse de esta obligación cuando el hacerlo implique peligro serio para su propio buque, su tripulación o sus pasajeros".

"El incumplimiento de esta obligación se sancionará por la autoridad federal judicial con el doble de la pena que para el delito de abandono de persona establece el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales".

"Artículo 73.- La obligación de auxilio incumbirá a las autoridades o a cualquier persona que -

se encuentre en posibilidad de impartirlo, cuando el buque se encuentre en peligro o hubiese naufragio en lugar cercano a la costa. La omisión se castigará en los términos del Artículo anterior".

"Artículo 340.— Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, invalida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal".

Con clara evidencia observamos que los tipos de los preceptos enunciados, contienen tanto elementos objetivos, como normativos y subjetivos, según lo hacemos notar en el siguiente punto.

2.— Elementos del Tipo.

Es inquestionable que todo tipo penal contiene elementos comunes; así la doctrina se muestra reiterada al señalarlos como tales a la conducta, el sujeto tanto activo como pasivo, el objeto sea jurídico o material. Sin embargo, existen otros elementos

que contiene el injusto punible y son requeridos por algunos delitos; de ahí la necesidad de eludir a los presupuestos de la conducta o del hecho (por ejemplo en nuestro caso, existe un presupuesto de la conducta de naturaleza material), y a los medios exigidos por el tipo, de donde resultan las referencias a los medios de ejecución, espaciales, temporales, a elementos normativos y a elementos subjetivos del injusto.

Por ello aceptamos que todo tipo penal no únicamente contenga elementos objetivos, pues resulta por demás axiomatico que también contiene o puede con tener elementos normativos y subjetivos además de los ya citados elementos objetivos. Atentos pues a las consideraciones expuestas y, siguiendo las enseñanzas de Porte Petit los elementos que contiene el tipo del ilícito materia de este trabajo son:

a) Presupuesto de la conducta de naturaleza material.

Por lo que hace a este elemento del tipo, - el que corresponde a nuestro tema de tesis, lo constituye un presupuesto de la conducta de naturaleza material: "Un estado de peligro". Sin que abundemos en el mismo, pasaremos al siguiente elemento a virtud que de él nos ocupamos en forma amplia en el capítulo

que antecede.

b) Porte Petit, enseña que "forma parte del tipo, el elemento material que está constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material". (81)

Así pues, el elemento material en nuestro ilícito lo constituye una conducta y no un hecho; toda vez que la descripción legal exige un determinado comportamiento sin resultado material, solamente jurídico; dicha conducta consiste en una omisión: No prestar el auxilio a embarcaciones o personas en peligro o en naufragio en el mar.

C) Sujetos.

a') Sujeto Activo.

Sujeto activo de nuestro delito en estudio puede serlo cualquier persona. Si bien es cierto que en el tipo del ilícito en cuestión específica que "todo capitán de buque...", (Artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos) lo que nos conllevaría en primer término a decir que el sujeto activo sería-

81.- Apuntamientos de la Parte General I de Derecho Penal Tomo I Editorial Jurídica Mexicana Pág. 432 México 1969.

personal en virtud de la calidad de dicho sujeto 'capitán', empero, también es cierto que la obligación jurídica impuesta en la norma preceptiva se extiende a otras autoridades o a cualquier persona (Artículo 73 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos), lo que trae como consecuencia que el sujeto activo del delito de omisión de auxilio a embarcaciones o personas - en peligro o en naufragio, sea común o indiferente.

En cuanto al número de sujetos creemos que es individual monosubjetivo o de sujeto único, habida cuenta que puede cometerse por una sola persona.

b') Sujeto Pasivo.

Sujeto pasivo, lo será el titular del bien jurídico, el titular del valor tutelado por la ley penal. En nuestro caso el tipo exige una calidad en el sujeto pasivo y ésta consiste en que sea una embarcación o personas en peligro o en naufragio, abarcando cualquier circunstancia de peligro, por lo que es incuestionable que de faltar esa calidad no ha de darse la tipicidad; por tanto el sujeto pasivo es personal.

Porte Petit enseña: "Por lo regular el suje

to pasivo del delito es diferente al objeto material—del mismo, como en el robo; sin embargo, en algunos—casos el sujeto pasivo se identifica al objeto mate—rial, como sucede en la violación, el estupro, atenta—dos al pudor, homicidio, lesiones, etc." (82). En el ilícito materia de nuestra tesis, se da dicho caso, — en virtud de que el objeto material se identifica con el sujeto pasivo toda vez que la conducta realizada — debe recaer sobre éste.

d) Bien Jurídico.

Este viene a ser el objeto jurídico protegi—do por la ley, el cual consiste en la Seguridad de — Auxilio o de socorro a embarcaciones o personas en — peligro o en naufragio en el mar.

e) Resultado.

El resultado típico, consistirá en el muta—miento que se origina en el mundo inmaterial o jurí—dico a virtud precisamente de que el tipo legal esta—blece una conducta y no un hecho.

f) Objeto Material.

Teniendo en consideración que el objeto material del delito es el sujeto o la cosa sobre la que recae la conducta o hecho realizados por el sujeto agente, tenemos que en nuestro delito, la conducta ordenada debe recaer sobre una embarcación o personas en peligro o naufragio en el mar que se hallen cerca de otro buque o bien de la costa.

g) Medios Exigidos.

Sólo observamos el no prestar el auxilio a embarcaciones o personas en peligro o naufragio o bien en relación con el 340 del C.P. citado, omitiendo el aviso inmediato a la autoridad.

Consideramos propicio manifestar que aún cuando el Artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos no señala la frase "si no diere aviso inmediato a la autoridad", es de lógica jurídica interpretar por el Juez, no únicamente la finalidad gramatical sino el objetivo que persigue el tipo; en el caso concreto que nos ocupa si no se pudo prestar el auxilio, es lógico que entonces deba ponerse en conocimiento de las autoridades o bien de alguna persona que pueda prestar el auxilio sin riesgo personal.

h) Referencias exigidas por el Tipo.

No solamente el verbo del tipo lo dice todo pues indudablemente que la conducta o hecho realizados por el sujeto agente, en ocasiones, no configura el ilícito de que se trata a virtud precisamente de otras circunstancias o referencias que rodean a dicho verbo, las que por su naturaleza, son relevantes para las consecuencias jurídico penales; de ahí la importancia que revisten estos elementos del tipo.

En nuestro tema solamente encontramos:

Especiales, desprendidas del Título Unico - del Libro Segundo de la Ley de Navegación y Comercio-Marítimos el decir: "Del régimen administrativo de la navegación; independientemente de lo que preceptúa el Artículo 73 de dicho cuerpo las leyes: "La obligación de auxilio.... o hubiese naufragio en lugar cercano a la costa".

Por cuanto a las referencias temporales u ocasionales, no observamos que sean requeridas por el tipo del delito en cuestión.

i) Elementos normativo o antijuridicidad — especial.

Creemos encontrar este elemento cuando por ejemplo el Artículo 72 del Ordenamiento legal citado dice "todo capitán de buque.... embarcación o personas en 'peligro'. Pues para nosotros en el término - 'peligro' lleva insitas varias hipótesis; por ejemplo saber la real capacidad del o los sujetos necesitados de auxilio; esto es, conocer la incapacidad que tuvo el sujeto pasivo para maniobrar, o bien saber si estaba herido, enfermo, o si eran menores de edad, etc.

j) Elemento subjetivo o Dolo específico.

Pensamos que lo subjetivo del injusto por cuanto hace a nuestro delito en estudio, lo concebimos en la frase "si no diere aviso" establecida en la redacción del Artículo 340 del Código Penal vigente - para el Distrito Federal en materia del fuero común - y en materia federal para toda la República; o bien - en que el sujeto agente desea y por tanto quiere incumplir con lo que le exige el Artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

3) Clasificación en orden al Tipo.

Diversas en verdad son las clasificaciones— que la doctrina nos da de los delitos en orden al ti po. Parte Petit (82 bis) siguiendo a Mezger, Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta describe dichas clasificaciones en la forma siguiente:

Clasificación de Mezger: a) Delitos de resultado y de simple actividad; b) delitos de lesión, de peligro concreto, delitos de peligro abstracto; c) Delitos básicos o fundamentales; d) Delitos califica dos o privilegiados; e) Tipo independiente; f) Tipo — especial calificado; g) Tipo especial privilegiado;— h) Delitos de varios actos; i) Delitos compuestos en sentido estricto; j) Delitos permanentes; k) Delitos— mixtos: a') Acumulativamente formados; b') Alternativamente formados; l) Tipos necesitados de complemento (leyes penales en sentido amplio).

Clasificación de Jiménez de Asúa.

a) Tipos fundamentales y especiales: Tipos— fundamentales, calificados y privilegiados; b) Tipos independientes y subordinados: Tipos básicos y comple mentarios; c) Clasificación atendiendo al acto: — a') Tipos de formulación libre, casuísticos, alternativos o acumulativos; b') Otras clasificaciones en orden al resultado; c') Los delitos condicionales (que

no son especie de los tipos); d') Delitos de resultado cortado; d) Clasificación extendiendo a los elementos subjetivos del inusto: a') Por los elementos subjetivos referentes al autor, b') Por los elementos subjetivos referentes al autor, b') Por los elementos subjetivos fuera del agente.

Clasificación de Jiménez Huerta:

- | | | |
|---|--|---|
| A) En torno a su ordenación metodológica. | { <ul style="list-style-type: none"> a) Básicos b) Especiales c) Complementados | { <ul style="list-style-type: none"> Privilegiados Agravados Privilegiados Agravados |
| B) En torno al alcance y sentido de la tutela penal. | { <ul style="list-style-type: none"> a) De daño b) De peligro | { <ul style="list-style-type: none"> a') De peligro efectivo o presunto b') De peligro individual y de peligro común. |
| C) En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados. | { <ul style="list-style-type: none"> a) Simples b) Complejos | |

Así pues, en la misma forma que hicimos la clasificación de nuestro delito en orden a la conducta y el resultado, nos toca hacerlo ahora en relación o en orden al tipo.

El delito que nos ocupa en orden de tipo es:

A) Anormal.

Es anormal porque incluye tanto elementos - objetivos como normativos y subjetivos.

B) Fundamental.

Es fundamental en cuanto al primer párrafo (Artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos), porque el tipo no contiene ninguna circunstancia que implique agravación o atenuación de la pena.

Por lo que hace al segundo párrafo, creemos que estamos en presencia de un delito especial agravado; en consecuencia excluimos la posibilidad de que sea básico, toda vez que su característica será de subordinación respecto al que le sirve de punto de partida como lo es el Artículo 340 del Código Penal - vigente para el Distrito Federal; mismo precepto que

queda complementado con el que es materia de esta tesis, referente desde luego, a la penalidad.

C) Autónomo o Independiente.

En razón de que el tipo de omisión de auxilio a embarcaciones o personas en peligro o naufragio tiene existencia por sí mismo.

D) Congruente, porque hay relación entre lo que el agente quería y el resultado producido.

E) De formulación casuística en su especie— de Alternativos formados, atendiendo a la definición que de esta clasificación hace Castellanos Tena al decir "son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en alternativamente— formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma en cualquiera de ellas". (82 bis).

Es inudable que el legislador estableció en nuestro delito en cuestión y en relación con el pre—

visto y sancionado en el Artículo 340 del C.P. vigente para el Distrito Federal, las hipótesis de prestar el auxilio o dar el aviso inmediato.

4) Ausencia de Tipo.

Consideramos necesario advertir la diferencia entre ausencia de tipo y atipicidad. En la primera, la conducta o hecho contenidos de antijuridicidad que realice el activo del delito, no podrán integrar el cuerpo del ilícito en tanto dicha conducta o hecho no se hallen fijados en la ley penal, mientras no sean previstos por el legislador; consecuentemente, esto -viene a constituir el aspecto negativo del tipo, pues sin esomo de duda presupone la ausencia total de la descripción de la conducta o el hecho desplegados por el sujeto agente.

La atipicidad en cambio, es aquella conducta o hecho que aflora a la vida fáctica y no puede adecuarse a la letra del tipo; es decir, la conducta o hecho realizada por el sujeto agente no se subsume en lo que establece el tipo legal toda vez que, o no encuadra con alguno de los elementos que contenga el tipo en relación con determinadas referencias contenidas en el mismo, o no está prevista en la ley, aun cuando revista una calificada antijuridicidad.

CAPITULO V

ELEMENTOS DEL DELITO.

EL ELEMENTO OJBETIVO CONDUCTA.

1.- Concepto y Definición.

2.- Formas de Conducta.

3.- Su aspecto negativo.

a) Fuerza Física Irresistible

b) Fuerza Mayor

c) Actos Reflejos, Sonambulismo, Narcosis.

EL ELEMENTO OBJETIVO CONDUCTA.

1.- Concepto y Definición.

Es necesario para el debido entendimiento y estudio de la figura delictiva que nos ocupa, establecer en primer término el concepto de elemento objetivo o material a fin de dejar sentadas las bases fundamentales de todo estudio dogmático, y al respecto Porte Petit señala: "Todo delito necesita de un elemento material u objetivo, y este será una conducta o un hecho, según la descripción típica. La conducta abarca el hacer o el no hacer según el caso, y el hecho contiene la conducta, el resultado material y el nexo causal entre la conducta y el resultado".

"El elemento objetivo contiene la conducta o hecho abarcándose por tanto, únicamente el hacer o no hacer, o bien, la conducta, el resultado y la relación de causalidad, y en su caso además, las modalidades de la conducta como son, los medios, las referencias temporales, espaciales, o "referencias a otro hecho, punible de otra índole, exigidos por el tipo".
(83)

83.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Tomo I pág. 272 Editorial Jurídica Mexicana-México 1968.

Expuesta la concepción del elemento material u objetivo del delito, nos adherimos a dicho criterio y del mismo inferimos que habrá conducta cuando no exista un resultado material, sino puramente formal; es decir, cuando no hay mutamiento en el mundo exterior sino sólo en el jurídico o inmaterial, de tal forma que cuando nos encontramos en el caso contrario estaremos frente a un hecho (considerando éste último como elemento del delito). Por ello mismo el autor que mencionamos, a nuestro criterio hace un buen razonamiento en el sentido de manifestar que "no solamente la conducta constituye el elemento objetivo del delito, sino que también el hecho, según la descripción típica, dando lugar a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material". (84)

Para Castellanos Tena la conducta "es el comportamiento humano positivo o negativo encaminado a un propósito" (85): Al decir de Porte Petit, la conducta "consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)" (86)

2.- Formas de Conducta.

84.- Cfr. Porte Petit. Ob. cit. Pág. 287

85.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág.-
149 Parte General Editorial Porrúa México 1974

86.- Ob. cit. pág. 295

La conducta abarca a la acción y a la omisión (formas de conducta), extendiéndose este último a los delitos de omisión simple e impropios de omisión o de resultado material. Respecto a considerar como formas de conducta a la acción y a la omisión tenemos lo sostenido por Antolisei y Radbruch. El primero nos dice: "La conducta puede asumir dos formas diversas; Una positiva y una ^{NEGATIVA} puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión (llamada igualmente acción negativa)" (87). El segundo autor mencionado nos señala: "Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar" (88).

En esa forma, concluimos que el elemento objetivo o material de nuestro delito en estudio, lo constituye una conducta en su forma de omisión, en razón de que la descripción legal exige un determinado comportamiento con resultado jurídico. La conducta omisiva consiste en no prestar el auxilio a embarcaciones o personas en peligro o en naufragio en el mar o bien en no dar aviso inmediato a la autoridad. En

87.- Citado por Forte Petit. Ob. cit. pág. 295

88.- Idem. Pág. 295

consecuencia, para nosotros la conducta referida esto es, la omisión, contiene los siguientes elementos:

a) Voluntad, que viene a ser el elemento — subjetivo consistente en querer no realizar la conducta esperada y exigida por la norma penal (89)

b) Inactividad o no hacer; es decir, no se ha prestado el auxilio cuando se pudo hacer sin riesgo personal o no se da el aviso inmediato a la autoridad.

c) Deber jurídico de obrar ¿Es este un elemento de la omisión simple? contestamos que sí, aunque para el muy respetado criterio de algunos autores no debe ser considerada como tal. En ese sentido — Maggiore y Mezger (90). El apoyo a nuestra contestación afirmativa lo encontramos en Porte Petit, quien nos enseña: "El deber jurídico de obrar, consistente en una acción esperada y exigida en los delitos de -

89.- O bien en querer la inactividad originándose el delito culposo sólo que en nuestro delito en estudio, omitimos hacer referencia al respecto pues — consideramos que únicamente reviste la forma dolose.

90.- Citado por Porte Petit. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal Tomo I Pág. 308, Ia. Edición Edit. Jurídica Mexicana, México 1969.

omisión simple, debe estar contenida en una norma penal, es decir, estar tipificada, pues de otra manera su no realización, el no cumplimiento del deber, sería irrelevante penalmente" (91), antes de emitir dicho razonamiento, al mismo respecto cita a Cuello Calón;— éste último por su parte, define a la omisión como "— la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado". Continúa dicho autor diciendo: "Concurren pues en la omisión tres elementos: Un acto de voluntad, una conducta inactiva, deber jurídico de obrar" — Concretiza el referido juspenalista respecto al último elemento— "Si el sujeto en cuestión no tenía deber jurídico de obrar no existe omisión ni delito alguno". — — finaliza y ejemplifica — "El simple particular que presencia la evasión del delincuente conducido por la policía y permanece inactivo no incurre en omisión punible, pues no tiene deber jurídico de impedirlo" — (92).

d) Un resultado típico, el cual se verificará al no cumplir con la acción esperada y exigida por la norma penal; al no cumplir con el deber jurídico de obrar, dándose en consecuencia un mutamiento en el

91.— Porte Petit. Ob. cit. Pág. 308

92.— Derecho Penal Parte General. Pág. 296. 9a. Edición Editora Nacional México.

mundo inmaterial o jurídico, No se dio el auxilio a embarcaciones o personas en peligro o en naufragio, o bien no se dio aviso inmediato a la autoridad.

Respecto al problema planteado por la doctrina (*) en cuanto a establecer si hay o no relación causal en los delitos de resultado jurídico, por el momento nos abstenemos de emitir un juicio, pues consideramos que es un tema delicado y en consecuencia requiere de un exhaustivo estudio.

Clasificación del delito en orden al elemento objetivo.

Siguiendo los lineamientos de Porte Petit, extendiendo a la voluntad y a la actividad o inactividad independientemente del resultado que es consecuencia de la conducta y que unidos forman el hecho material, tenemos que se dan las siguientes clases:

"a) De acción; b) De omisión; c) De omisión mediante acción; d) Mixtos de acción y omisión; e) Sin conducta, de sospecha o de posición; f) De omisión de resultado; g) Doblemente omisivos; h) Unisubsistentes

(*) Cfr. Sánchez Tejerina I. Teoría de los delitos de omisión Págs. 15 y sigs.

y plurisubsistentes; i) Habitual" (93).

3.- Clasificación en orden a la Conducta.

Creemos que es un delito de omisión simple, porque como ya expresamos con anterioridad su causa — es la falta de realización de una conducta o adopción de una actitud que la norma penal ordena, cualquiera que sea la hipótesis, consiste en una inactividad.

4.- Clasificación en orden al resultado.

I) Es un delito instantáneo, porque la conducta realizada por el agente tan pronto se produce o consume, esta queda agotada.

Ya bien dice Sebastián Soler: "El carácter de instantáneo, no se lo dan a un delito los efectos que el causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatorio" (93 bis).

93.- Apuntes de Derecho Penal Parte General, Segundo-Semestre de 1970 U.N.A.M. México.

93 bis.- Derecho Penal Argentino Tomo I Pág. 274. — Editorial TEA Buenos Aires 1956.

II) De mera conducta o formal, porque ciertamente, el tipo penal queda agotado con la pura omisión, ésto es, con la no realización de la conducta - esperada y exigida por la norma penal, teniendo como consecuencia solamente un resultado jurídico.

III) Es un delito de daño o de lesión y no de peligro, porque es por demás evidente que el delito que nos ocupa, una vez consumado causa un daño directo y efectivo al bien jurídico tutelado que es la "seguridad de auxilio a embarcaciones o personas en peligro o en naufragio".

No consideramos que sea de peligro, pues — estimamos que más bien algunos autores se orientan — por la naturaleza de la conducta o bien por la naturaleza del delito y no por el bien jurídico que protege. En esa forma Maggiore quien dice: "Se trata de un delito de peligro, sólo eventualmente de daño"— (94). Eugenio Cuello Calón señala: "Es un delito de peligro, pero si se toma en cuenta la violación del deber de socorro, es un delito de daño o de lesión" — (95). Finalmente Manzini, sostiene que "si se consideran las posibles consecuencias de la falta de asistencia, el delito tiene el carácter de delito de peli

94.— Derecho Penal Vol. II Pág. 382 4a. Edic. Temis — Bogotá 1955

95.— Derecho Penal Tomo II pág. 737 Edic. Barcelona — 1955.

gro; pero si se atiende a la violación del deber de asistencia, el delito mismo es indudablemente delito de "daño" (96), pues el hecho de que sostengamos que es un delito de lesión, no quiere decir que no haya peligro, lo que pasa es que atendemos al interés que para nosotros es el más predominante y en el caso concreto es el actual y no el potencial el cual ya en palabras de Francesco Carrara equivaldría al peligro.

El apoyo de nuestro criterio lo encontramos en Forte Petit, quien razona: "En realidad la omisión de socorro es un delito de daño, a virtud de que lesiona el bien jurídico "seguridad de socorro" a personas en peligro", sin desconocer que en virtud de la conducta omisiva, no se "remueve" el peligro al que elude la ley". (97).

Solamente agregamos nosotros, que ciertamente ese peligro no se "remueve", queda inalterado, pero eso se debe indudablemente como antes expresamos, a la propia naturaleza del delito.

4.- Ausencia de Conducta.

96.- Tratado de Derecho Penal Italiano Tomo VIII, Pág 301. Torino 1948

97.- Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Pág. 293 2a. Edic. Edit. Jurídica Mexicana, México 1969.

El aspecto negativo de la conducta lo constituye la ausencia de este elemento esencial del delito, colmándose en consecuencia la existencia del ilícito. Así por ejemplo, cuando el agente o sujeto imputable es constreñido a realizar o no una conducta (o hecho en su caso) por una fuerza física irresistible de naturaleza humana o bien subhumana.

Nosotros aceptamos aquel principio de que — común denominador de las formas de conducta humana es la voluntad, por tanto, si en las conductas cualquiera que sea su forma (acción u omisión) falta la voluntad, habrá entonces ausencia de conducta.

En tal suerte la doctrina habla de la Vis Absoluta y de la Vis Maior como aspectos negativos de la conducta. Se dice por ejemplo, que la primera existe cuando el sujeto agente realiza un hacer o un no hacer a consecuencia de una fuerza física, humana, e irresistible. En palabras de Sebastián Soler, en la vis absoluta "el violentado no quiere nada, la acción no le pertenece y el resultado o cambio que ocurre en el mundo exterior no es producto de la actividad suya —ejemplifica y dice: "Si Cayo, a empellones hace que Ticio con su cuerpo rompa una vidriera, quien produce el daño es Cayo y tanto da que se sirva de ese cuerpo o de una piedra" (97 bis)

Creemos oportuno advertir que no debemos caer en confusión entre la vis absoluta y la vis compulsiva (coacción sobre la voluntad), toda vez que a nuestro juicio esta última descansa dentro del aspecto negativo de la culpabilidad y concretamente dentro del campo de la no exigibilidad de otra conducta, ya que, si tenemos en cuenta que el activo del delito al ser coaccionado mediante la amenaza que sufre se encuentra con toda evidencia en una situación por demás embarazosa, dígase dilématica, pues en obvio de razones dicha agente sujeto se ve constreñido u obligado a elegir entre la amenaza de que es objeto o el mal que se le exige realice y en consecuencia de realizar la conducta exigida, ésta indudablemente es viciosa.

Por cuanto hace a la Vis Maior, también se da cuando el sujeto agente realice un hacer o un no hacer a consecuencia de una fuerza física exterior e irresistible, lo que lo diferencia de la vis absoluta es que en tanto en esta última esa fuerza física irresistible proviene del hombre, en la primera, proviene de la naturaleza, de los animales o de las cosas.

e) En el delito que nos ocupa el sujeto agente, puede darse el caso de que incumpla con el deber jurídico de obrar a causa de una violencia física humana e irresistible, dando como resultado que éste—

ejecute irremediabilmente lo que no ha querido ejecutar y por tanto estamos frente a la ausencia de conducta.

b) Creemos que se presenta asimismo la Fuerza Mayor, cuando el sujeto realiza una conducta omisiva a causa de una fuerza física irresistible subhumana, por ejemplo, cuando el agente omite prestar el auxilio a otra embarcación o personas en peligro o en naufragio por existir una intensa neblina o tormenta marina, etc., y a consecuencia de dicha fuerza quedan interrumpidos los medios de comunicación.

c) Actos Reflejos, sueño, sonambulismo, hipnotismo.

En relación al primero Sebastian Soler señala:

"El acto reflejo es un acto puramente biológico cumplido por el cuerpo como organismo. Al no pasar del plano subcortical, no alcanza a ser expresión del psiquismo. Carece, por tanto, de todo contenido espiritual y es insuficiente para constituir acción, pues esta debe ser no ya la obra de un cuerpo

sino de una persona" (98).

Así pues, cuando el agente sujeto realiza una omisión obligado por un acto reflejo que no le es posible controlar por la propia naturaleza de ese movimiento reflejo, dicha omisión no podrá considerarse como delictuosa. En nuestro tema de tesis cabe este aspecto negativo de la conducta, ya que por ejemplo, puede darse el caso que por la sorpresiva situación de peligro o de naufragio en que se halle una embarcación o persona en el mar, el sujeto agente quede "paralizado" sin saber que hacer debido a la situación planteada, pues a consecuencia de ésta se requeriría de un inmediato auxilio el cual inclusive no se pudiera llevar a cabo mediante un aviso inmediato a la autoridad, precisamente debido a la forma en como se ha suscitado dicha situación de peligro o naufragio.

La doctrina también habla de otros casos — como lo son el sueño, el sonambulismo y la narcosis, — empero, nosotros no hemos de hablar al respecto teniendo en consideración que inclusive la propia doctrina no tiene un criterio uniforme en cuanto a la ubicación de los mismos, toda vez que para algunos autores son casos de ausencia de conducta en tanto que para otros son causas de inimputabilidad.

98.- Derecho Penal Argentino Tomo I Pág. 252 (Hace una cita a Beling) Editorial TEA Buenos Aires — 1956.

CAPITULO VI.

TIPICIDAD, ATIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD

Y SU ASPECTO NEGATIVO.

- 1.- Tipicidad.
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Antijuridicidad.
- 4.- Ausencia de Antijuridicidad o Causas de Licitud
 - a) Legítima defensa
 - b) Estado de Necesidad
 - c) Cumplimiento de un deber
 - d) Ejercicio de un Derecho
 - e) Impedimento legítimo.

LA TIPICIDAD.

I.- "Nullum crimen, nulla poena sine lege".
No hay delito si no está contenido en una ley y no se aplicará pena alguna si no corresponde a un delito de terminado.

Es en esta máxima en donde creemos encontrar el fundamento de la tipicidad.

Según señala Porte Petit: "la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo" (99).

Para Castellanos Tena, la tipicidad "es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto" (100).

Así pues, la tipicidad consistirá en la adecuación de la conducta o hecho realizado con lo

99.- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal Tomo I Pág. 471 1a. Edic. Edit. Jurídica Mexicana. México 1968.

100. Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General Pág. 37 Edit. Porrúa México 1974 8a. Edic.

prescrito en el tipo. La función de la tipicidad, al decir de Luis Jiménez de Asúa, es predominantemente - descriptiva. Nos dice este autor: "Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene además funcionamiento indiciario de su existencia" (101)

El propio tratadista al hablar del aspecto negativo de la tipicidad, eleva a esta al rango de - garantía de libertad. Según dicho autor, el concepto de tipicidad deja de ser una figura técnica más - del delito. De ahí la importancia que tiene dicho - elemento del delito. (102). Y Efectivamente le consideramos elemento esencial del delito, aunque para - la muy respetada opinión de algunos autores, la tipicidad, no es sino una relación conceptual. (103) una característica esencial del delito (104). Encontramos apoyo de la postura que adoptamos en el argumento - emitido por Castellanos Tena quien dice: "La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cu-

101.- La Ley y el Delito Pág. 252 6a. Edic. Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1973.

102.- Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 264

103.- Porte Petit Ob. Cit. pág. 470

104.- Beling "La doctrina del delito tipo: citado por Porte Petit Ob. cit. Pág. 469.

ya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su Artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad" (105).

Es evidente para nosotros, que la descripción de los tipos deben tener un carácter imperativo— el cual emana precisamente del precepto constitucional invocado.

2.- ATIPICIDAD.

La atipicidad existirá cuando la conducta o hecho realizada por el agente no se adecúe o encuadre a lo prescrito en el tipo penal.

Dicha conclusión la inferimos de los argumentos emitidos por Forte Petit quien dice: "Es oportuno precisar, que la ausencia del tipo, es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer ca

105.— Castellanos Tene. Ob. cit. Pág. 165

so, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo" — más adelante agregue — "hemos dicho que según sea el contenido del tipo, así será la extensión de la atipicidad, o no conformidad a los elementos del tipo. Para señalar las atipicidades — dice — — bastará colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo" (106).

Y por otro lado, de Jiménez de Asúa quien señale: "La ausencia de tipo presupone la absoluta — imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de la conducta no descrita en la ley, incluso — aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima Nullum crimen, nullum poena sine lege que técnicamente se traduce: "No hay delito sin tipicidad". Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no esté tipificado en la ley o cuando le falte alguno de los caracteres o elementos típicos, — no puede ser "detenido" el agente" (107)

En nuestro delito en análisis, creemos que la atipicidad solamente se presenta en los siguientes

106.— Porte Petit Celestino. Ob. cit. Pág.s 466 y 477

107.— Jiménez de Asúa. Ob. cit. pág. 263

casos:

a) Por ausencia de presupuestos de la conducta, a saber: Estado de Peligro o bien de Naufragio

b) Falta de objeto material, ésto es, sobre quien recae la conducta omisiva.

c) Ausencia de objeto jurídico, o sea cuando el bien jurídico tutelado sea diferente al que protege nuestro tipo.

d) Ausencia de modalidades de la conducta -- por ejemplo que la embarcación o personas en peligro o naufragio no estuviesen cerca de la costa. O bien cuando se preste el auxilio o se dé el aviso inmediato, empero ambas cosas no tengan éxito.

e) Por falta de calidad en el sujeto pasivo

f) Por falta de los elementos normativos o subjetivos del injusto.

LA ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

1.- Para que una conducta o hecho cometidos por el hombre pueda calificarse de delictiva, necesario y esencial es que sea antijurídica.

Ya de sí es problemático establecer la ubicación de la antijuridicidad en la teoría del delito. Por ello cuando Petrocelli, nos habla de la misma en cuanto a considerarla como un elemento del delito, -- definiéndola en forma sutil de la siguiente manera:-- "La antijuridicidad, en particular, es una nota que -- colora por sí misma cada parte del delito y por tanto bien puede definirse, bajo este respecto, como el carácter asumido por un hecho cuando, reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos --continúa diciendo-- Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico; confusión que debe evitarse con todo esmero. -- --finaliza y manifiesta-- La antijuridicidad, expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico en cambio, es el objeto calificativo jurídico llamado antijuridicidad." (108).

(108) Citado, por Porte Petit. Apuntamientos de la -- Parte General de Derecho Penal. Tomo I Pág. 482, 1a. Edición Edit. Jurídica Mexicana. México 1969.

Entendemos pues que de la forma en como se realice la conducta o hecho, depende su calificación de ser o no conforme a Derecho y en consecuencia, se dará la antijuridicidad o la ausencia de ésta. Por — tanto para que exista antijuridicidad, la conducta o hecho realizados, deben ser valorados en su forma de exteriorizarse y ello nos induce a concluir, cosa nada nueva, que la antijuridicidad es puramente objetiva y no subjetiva, pues estamos de acuerdo que la subjetividad pertenece al campo de la culpabilidad.

Ya en forma muy acertada a nuestro juicio—Porte Petit define la antijuridicidad diciendo: "Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por alguna causa de justificación" (109). — Creemos que cuando habla de conducta típica se refiere a lo antijurídico; esto es, a lo regulado por el — derecho, a lo que va a producir consecuencias jurídicas; por ello en nuestro delito en estudio, ésta consiste en un no hacer voluntario o involuntario (culpa) violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico; entendemos pues, que al hablar de resultado típico indudablemente está aludiendo al jurídico y no al material.

De la definición de antijuridicidad emi—

(109). Programa de la Parte General de Derecho Penal—
Pág. 285 Edit. Jurídica Mexicana 1958.

tida por el autor referido, desprendemos que necesariamente para que se de ésta, deberán existir dos condiciones, a saber:

- 1.- Una positiva, consistente en la adecuación al tipo, y
- 2.- Una negativa, consistente en que no es té amparada por una causa de licitud.

Se infiere de los argumentos mencionados, — que evidentemente cuando no exista alguna causa de — justificación o de licitud, se está lesionando el bien o valor protegido en el tipo penal respectivo, dando origen al nacimiento de la antijuridicidad.

2.- AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Es incuestionable que cuando se realiza — una conducta o hecho típicos y éstos están investidos de circunstancias (110) previstos y fundados en —

- (110). Considerando la acertada estimación que hace — Silvela del término "circunstancias" —dice dicho autor— 'equivale a decir todo aquello que está alrededor de un hecho y que lo modifica — accidentalmente'. Comentario que hace Jiménez de Asúa. Citado por Carrancá y Trujillo. Causas que excluyen la incriminación Pág. 74 Derecho Mexicano y Extranjero. México 1944.

una norma jurídica, que les den carácter lícito nos hallamos frente a una causa de lícitud o de justificación.

El utilizar el término causas de lícitud o de justificación para nosotros es irrelevante, pues - si bien es cierto que la causa de lícitud desde su nacimiento está facultada y permitida por la ley, también es cierto que esa conducta o hecho van a ser justificados al encuadrarlos o adecuarlos a lo prescrito en la norma penal; aunque a decir verdad nosotros nos inclinamos a denominarles como muy certera y juicio-- samente les ha denominado Carrancá y Trujillo: Causas que excluyen la incriminación (111), en consideración a que efectivamente es una denominación genérica y en sentido lato; empero les continuaremos llamando causas de lícitud o de justificación por la carta de naturalización que han tomado tradicionalmente.

Las causas de lícitud, según tesis sustentada por Edmundo Mezger, tienen su fundamento en dos principios, a saber:

1.- Principio de la ausencia de interés, -

(111). Las causas que excluyen la incriminación Pág.-
81 Derecho Mexicano y Extranjero. México 1944.

la cual origina dos hipótesis: a) Consentimiento del ofendido; b) Consentimiento presunto del ofendido.

Dice Mezger: "El consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión — del injusto con arreglo al principio de la ausencia — del interés. Pues "supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene — la facultad de disponer sobre el bien jurídico" (112).

2.- Principio del interés preponderante. Dicho principio lo fundamenta Mezger diciendo, "que — éste se da cuando frente al interés lesionado surge — otro de más valor que transforma en conducta conforme a derecho lo que en otro caso hubiera constituido un — injusto". (112 Bis)

Deducimos, pues, que en esta última hipótesis tienen cabida todas las causas de licitud.

(112) Tratado de Derecho Penal Tomo I Págs. 413 y 414
Revista de Derecho Privado Madrid 1955.

(112 Bis). Ob. cit. Pág. 409

Entre nosotros Porte Petit define a las -- causas de licitud diciendo: "Pensamos que existe una causa de licitud cuando la conducta o hecho siendo -- típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de interés preponderante" (113).

En nuestro ilícito materia de este trabajo, el consentimiento como causa de licitud no opera, pues es evidente que en la omisión de auxilio el consentimiento del ofendido es irrelevante para originar la causa de justificación. Ya acertadamente Giuseppe Maggiore y Mariano Jiménez Huerta nos dicen respectivamente al referirse al delito de omisión de auxilio o de socorro: "La antijuridicidad no queda excluida por el consentimiento del sujeto pasivo, pues el necesitado de socorro no puede consentir en la ofensa de -- bienes de que no puede disponer como son la vida, la incolumidad personal, etc., por lo tanto hay la obligación de socorrer al que va atentando contra su vida, echándose por ejemplo a un río" (114). "La antijuridicidad de la conducta omisiva no queda excluida por -- el hecho de que la persona quien se encuentra en peligro hubiere voluntariamente atentado contra su vida,

(113). Hace una cita y explica; que, esta exclusión -- (ausencia de interés) la hace para quienes estimen que fundamenta una causa de licitud. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Pág.493.

(114). Derecho Penal Tomo IV Pág. 386 Edit.Tamis Bogotá. 1972.

pues el consentimiento del titular del interés protegido es ineficaz en orden a los bienes jurídicos de que el ser humano no uede disponer" (115).

Así pues hablar de las causas que excluyen la incriminación, es ubicarnos en el aspecto negativo de la anti-juridicidad.

Dichas causas de justificación, la generalidad de la doctrina considera que son las siguientes:

Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Ejercicio de un Derecho, Cumplimiento de un deber e Impedimento legítimo.

La mayoría de los autores no jerarquizan y establecen un orden uniforme cuando en sus tratados de derecho penal hablan de las causas de justificación que hoy nos ocupan; sin embargo, es evidente la existencia de una jerarquía entre ellas; no obstante, nosotros nos concretaremos a seguir el orden que nuestra Ley Penal positiva establece; en consecuencia de las causas de licitud que merecen hablarse de ellas - respecto a nuestro trabajo, son las siguientes:

La Legítima Defensa.

(115).- Derecho Penal Mexicano Tomo II Parte Especial
Pág.217. Antigua Librería Robraob. México -
1958.

Esta causa de justificación, para nosotros jerárquicamente es la más importante. Es incuestionable que cuando un sujeto es agredido injustamente y - al defenderse legítimamente de tal agresión, no hace otra cosa que confirmar el derecho que le asiste, pues precisamente el que agrede injustamente, automáticamente se está ubicando fuera del derecho.

Para nosotros la causa de licitud en cuestión no opera en este trabajo por las razones que adelante hemos de exponer; empero, antes nos es preciso - establecer la definición hecha por la doctrina y concretamente hacemos nuestra la noción emitida por Jiménez de Asúa quien dice:

"La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado a través de tercera personas, contra el agresor, sin - traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la - racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla". (116).

Por lo que respecta a nuestro derecho positivo, la Fracción III del Artículo 15 del Código Penal vigente define a la Causa de Licitud cuestionada diciendo: Artículo 15.- Son circunstancias excluyen-

(116).- La Ley y el Delito. Pág. 289 6a. Edic. Edit.- Sudamericana, Buenos Aires, 1973.

tes de responsabilidad penal ... Fracción III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor a bienes de otro, - repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente a no ser - que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

Primera.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella.

Segunda.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.

Tercera.- Que no hubo necesidad racional - del medio empleado en la defensa; y

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparando con el que causó la defensa.

Para los efectos del criterio que sustentamos y hemos de emitir, nos es necesario transcribir textualmente lo que al respecto nos dice Porte Petit.

" ¿ Puede haber la posibilidad de una legítima defensa en la omisión de auxilio o de socorro? - Expone Guarneri: "No es preciso un esfuerzo de fantasía para poner el caso de legítima defensa como causa

de justificación de este delito. El derecho de tutela de la integridad de la propia persona, sin duda es prevalente al deber de socorrer a un incapaz o una persona en peligro, no tanto porque en tales hipótesis las condiciones previstas en el Artículo 593 están determinadas por un delito cometido por el mismo ofendido, cuanto porque sería humanamente inconcebible pretender de quien se encuentra en estado de legítima defensa, el cumplimiento de la obligación de prestar asistencia precisamente al agresor, herido, o en una situación de necesidad, con el efecto eventualmente de hacerlo reparar las fuerzas para ejecutar una nueva agresión. Sin embargo, la dirimente produce su efecto sólo si perduran y hasta que perduren las condiciones de peligro (Hace aquí una cita a Guarneri)" ---continúa y agrega ---"Analizando el problema relativo a la procedencia o no de la legítima defensa, pueden presentarse estos dos casos:

" a') Un individuo lesiona al que lo está agrediendo injustamente.

b') Un sujeto lesiona a su injusto agresor, cesando, con motivo de la lesión inferida, la agresión".

"a') Pensamos que el problema planteado por Guarneri no puede darse con respecto al caso en que persiste la agresión, pues de otro modo tendría que aceptarse que el que se defiende, lo hace no repeliendo la agresión con una acción, sino con una omi-

sión, al no prestar auxilio al agresor lesionado que persiste en la agresión".

"b') En esta hipótesis, el agresor cesaría en su agresión por la lesión recibida, presentándose la interrogante de si el agredido debía o no prestar el auxilio necesario. Respondiendo, nosotros consideramos que aquellos, como Guarneri, que estiman puede darse la legítima defensa (lo que no aceptamos por que ha cesado la agresión) se colocan en el punto de vista de que la defensa se lleva a cabo omitiendo, no realizando la conducta esperada y exigida por la ley. Sin embargo, independientemente de que en esta hipótesis no existe agresión alguna por haber cesado en razón de la lesión recibida, no faltarían otros que ubicaran el caso que nos ocupa en el aspecto negativo de la culpabilidad, por inexigibilidad, pues podrían estimar que, no obstante que la conducta del agredido es antijurídica, no podría exigírsele una conducta distinta de la que realizó y, por lo tanto, no le era exigible el deber jurídico de obrar impuesto por la ley: Prestar el auxilio necesario o dar aviso inmediato a la autoridad, según proceda. (Hace aquí una última cita manifestando que con relación a la legítima defensa y la omisión se confronte a diversos autores)" (117).

Así pues, independientemente del criterio del autor citado puesto con anterioridad y al cual nos adherimos, consideramos que respecto a la hipótesis 117.— Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Pág. 299 y 300 Editorial Jurídica Mexicana 1969.

sis a') a la que, a más de sus argumentos, debe estar se a lo dispuesto en los Artículos 72 de la ley de Navegación y Comercio Marítimo y 340 del Código Penal - por cuanto hace a los términos: "... Y sólo podría excusarse de esta obligación cuando el hacerlo implique 'peligro serio' para su propio buque, su tripulación o sus pasajeros" (Art. 72 L.N.C.M.), y "Cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal" (Art. 340 C.P.). Es incuestionable que de darse el auxilio existe la posibilidad de que con ello el que se encuentra en peligro (sujeto agresor) podría tomar nuevos bríos y en consecuencia, implica que el sujeto agredido se ponga en peligro serio o con riesgo personal; por lo tanto al no prestar auxilio, es indudable que no se puede invocar a la legítima defensa como causa de licitud sino que en todo caso estaríamos frente al cumplimiento de un deber y en consecuencia, estaría obrando conforme a derecho, conforme a lo exigido y esperado por la norma penal; por lo que de ninguna manera opera la causa de justificación que estudiamos.

Referente a la hipótesis b'), igualmente consideramos **No** cabe la legítima defensa y tampoco en que pueda caer en el campo de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, pues sin asomo de duda que atentos también a lo que disponen los tipos-legales a los que hemos hecho referencia, subsiste la obligación de dar aviso inmediato a la autoridad pues

lejos de cumplir con lo que la ley exige justificando así su licitud, se estaría poniendo a salvo de las — posibles nuevas agresiones, y claro está, que de no — cumplir con dar el aviso inmediato a la autoridad en la hipótesis que comentamos, se incurriría entonces — en la conducta antijurídica; es decir, se realizará — el delito.

Estado de Necesidad.

Eugenio Cuello Calón dice al respecto: "El Estado de Necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona (118).

Porte Petit enseña: "Estamos frente al Estado frente al Estado de Necesidad cuando para salvar — un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley" (119)

El autor antes mencionado, en obvio de razones se incorpora a la tesis de la Diferenciación respecto a la naturaleza del Estado de Necesidad. No—

118.— Derecho Penal Parte General Pág. 342 9a. Edic.—
Edit. Nacional México

119.— Ob. cit. pág. 539

sotros compartimos su adhesión a tal tesis, pues consideramos que debe estarse a la hipótesis que se presente a fin de poder ubicar al Estado de Necesidad, - como causa de licitud, como causa de inculpabilidad por no exhibibilidad de otra conducta o como delito, a excepción en este último caso como bien dice Castellanos Tena "si incurre alguna otra circunstancia justificante del hecho desde su nacimiento" (120).

Lo incuestionable es que en el estado de - necesidad deben coexistir dos intereses en oposición - el uno del otro, ambos protegidos por el derecho; - por lo que el propio derecho se ve obligado a optar - por la salvación de uno de ellos. Se pone de manifiesto el interés preponderante. Por ello bien razonado está el decir que el problema consiste entonces - en determinar hasta que punto es lícito lesionar un interés para salvar otro.

Pensamos que para que el estado de necesidad opere en nuestro delito previsto y sancionado en los Artículos 72 y 73 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, el bien jurídico lesionado debe ser de menor interés que el salvado, de lo contrario estaremos frente a una causa de inculpabilidad por no exhibibilidad de otra conducta o bien, ante el nacimiento de un delito. Esto es, habrá estado de necesidad -

(120).- Lineamientos Elementales de Derecho Penal Parte General Pág. 204 Edit. Porrúa Sa. Edic. México, 1974.

cuando el auxilio o salvamento a la embarcación o - personas en peligro no se lleve a cabo por implicar - asimismo que el peligro existente contriña al agente - a realizar la omisión por la necesidad de salvar su - buque, su tripulación o sus pasajeros de ese peligro - actual de daño y que de otra manera no podría evitar.

Cumplimiento de un Deber.

Maggiore en relación a esta causa de lici- tud nos dice:

"La ejecución de una ley es causa de justi- ficación, porque dado un ordenamiento jurídico sería- contradictorio imponer la obediencia de la ley y cas- tigar a quien viola un derecho, por el hecho mismo de la obediencia. En ese hecho la transgresión es sólo- aparente; en realidad tenemos la actuación de una nor- ma". De ahí el principio obvio de que si alguien des- obedece la ley para cumplir un mandato legal no come- te delito". (121).

En efecto, pensamos que si la propia ley - está imponiendo un deber y cuando éste se lleva a ca-

(121).-- Vol. I Pág. 329 Ob. cit.

bo no se está haciendo otra cosa que confirmar la licitud de la conducta o hecho realizado. Oportuno resulta en estos momentos remitir a la definición de - Porte Petit respecto a las causas de licitud señalada en el apartado que antecede, pues como justamente advierte Federico Puig Peña al referirse a esta causa - de exclusión (aunque la considera exclusión genérica) no es más que una faceta distinta de un obrar en ejecución de lo dispuesto por la ley (122). Por tal razón pensamos que la doctrina es unánime en cuanto a - considerar que la ejecución de actos ordenados o permitidos por la ley se consideran como causas de licitud.

Al respecto Quintano Ripollés manifiesta:

"En esta causa de justificación opera una colisión de dos deberes que se resuelve con el predominio del más categórico y más digno de protección, como es el deber concretamente exigido por la ley, la función o - el cargo"(123).

Tratándose de nuestro tema, al efecto dice el Artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos: Artículo 72.- "Todo capitán de buque que se encuentre próximo a otra embarcación o persona en pe-

(122).- Parte General de Derecho Penal Vol. I Pág. -- 390 Sa. Edic. Edit. Nauta Barcelona.

(123).- Comentario al Código Penal Español Madrid, - 1946.

ligo, estará obligado a auxiliarlos y sólo podrá excusarse de esta obligación cuando el hacerlo implique peligro serio para su propio buque, su tripulación o sus pasajeros".

Observamos en su descripción primordialmente el deber jurídico de prestar el auxilio, e insitotro deber más, consistente en no realizar dicha conducta exigida y esperada por la ley, cuando el hacerlo implique peligro serio para su propio buque, su tripulación o sus pasajeros; es éste el mandato que deberá cumplir en última instancia.

He aquí como funciona perfectamente el argumento de Giuseppe Maggiore, pues como se ve, hay una aparente transgresión de un derecho; empero, en realidad no tenemos otra cosa que la actuación de una norma; en consecuencia, en este caso no hay delito, la acción realizada está amparada por la ley, está cumpliendo con un deber, es una causa de licitud. Invocamos asimismo la tesis de Quintano Ripollés, pues claro está que en nuestro ilícito, ciertamente opera la colisión de dos deberes, resolviéndose por el más categórico y digno de protección. Todo ello, en el cumplimiento de un deber.

Ejercicio de un Derecho.

Esta causa de justificación, es costumbre-

que se trate en la doctrina juntamente con la de en - cumplimiento de un deber, en razón de que para que és tas surtan sus efectos como tales, es necesario que - estén consignadas en la ley. Así, al igual que en el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho - es considerar como causa de licitud, toda vez que las conductas o hechos realizados están consignados en la ley.

"La conducta que se ampara en un derecho - considerado en la ley es, asimismo, afirmación de la ley y no puede ser antijurídica (124).

Nuestro máximo Tribunal de Justicia ha sen tado jurisprudencia a este respecto diciendo: "Para - que la causa de justificación relativa al cumplimien to de un deber o ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es nece sario que los deberes y derechos estén consignados en la ley" (125).

Así pues, para que la causa de licitud de nominada Ejercicio de un Derecho opere en nuestro ilf cito, para que esté amparada por la ley la conducta - omisiva del agente, necesario es que su realización - sea en la vía que la propia ley autorice o establezca.

(124).- Carrancá y Trujillo R. Código Penal anotado - Pág. 95 nota 72 Edit. Porrúa México, 1972.

(125).- Jurisprudencia Suprema Corte de Justicia. Ju risp. Definit. 6a. época 2a. parte No. 87.

Por lo que quien actúa en ejercicio de un derecho que le asiste, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que asimismo el derecho también protege, no realiza - conducta antijurídica.

Impedimento Legítimo.

Dice la Fracción VIII del Artículo 15 de - nuestra Ley Substantial vigente: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal... VIII.- Contra venir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Referente a esta causa de licitud, hemos - observado que pocos han sido los tratadistas que se - ocupan de ella. Entre nosotros Castellanos Tena al - hablar del impedimento legítimo la concretiza diciendo: "Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de - ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, - en consecuencia, un tipo penal". (126).

Carrancá y Trujillo nos dice: "Así como el que actúa en cumplimiento de un deber legal no obra - antijurídicamente, el que deja de cumplir ese deber - legal porque tenga un impedimento que la propia ley - reconozca como tal, al omitir lo que está obligado a

(126).- Ob. cit. Pág. 215.

hacer, no obrará antijurídicamente pues la colisión—
de leyes obliga a su omisión".

"Y lo mismo ocurrirá si no es una ley la que
le reconoce ese impedimento, sino que este sea consi-
derado como genuino y verdadero como bastante cultural
mente para justificar, pues entonces debe reconocerse
también como legítimo el impedimento" (127).

Ahora comprendemos porqué el autor citado—
dice que el impedimento legítimo es considerado como—
la cara opuesta de las excluyentes de en cumplimiento
de un deber y en ejercicio de un derecho. Se despreñ
de claramente que el impedimento legítimo no necesaa—
riamente debe ser consignado en la ley, por lo que —
en consecuencia creemos que dicha causa de licitud —
puede ser de hecho y de derecho; observamos también —
que lo que da vida a la citada causa de justificación
es la exigencia de la Legitimidad.

No desconocemos que nuestro Código Penal —
vigente, en la redacción de la Fracción VIII del Artí-
culo 15, omite el término "insuperable"; empero, in-
terpretamos de dicha fracción que en el término "legí-
timo" lleva insito el de "insuperable" atentos al ra

(127).— Las causas que excluyen la incriminación. —
Pág. 377 México 1944.

zonamiento mismo al que nos adherimos, emitido por Ceniceros y Garrido cuando comentan el cuerpo de leyes mencionado diciendo que el Juez al aplicar dicha-excluyente debe tener en cuenta las circunstancias personales del sujeto y el medio en que se actúa, así como la intensidad de las fuerzas contrarias al acto-que estaba obligado a ejecutar" (128).

Ignacio-Villalobos nos dice: "El impedimento para ejecutar un acto puede ser de hecho o de derecho — y agrega — el impedimento de hecho puede aún descomponerse en dos supuestos: El de una fuerza-irresistible o insuperable físicamente y el de una causa que sólo racionalmente y por prudencia se debe admitir como excluyente de responsabilidad en la determinación que toma el agente; y así es indudable que existen tres posibilidades diversas en el mismo supuesto único de la ley, originando cada una de ellas una eximente de diversa naturaleza. La primera — dice — es aquella en que la omisión ocurre por haber una obligación o un derecho de carácter jurídico que ha facultado al sujeto para obrar en la forma típica y aparentemente delictuosa. La segunda — agrega — sería la fuerza física por la cual no pudiera ejecutarse lo debido. La tercera finaliza manifestando — es en la cual el acusado que demostrare haber omi

(128).— Citados por Carrancá y Trujillo. Ob. cit. , -
Pág. 382.

tido el acto por un impedimento de hecho pero sin ser ésta una causa que anulara sus propias determinaciones y por tanto su actuación personal, sino sólo capaz de motivar o former morelmente tales determinaciones, se verá beneficiado por una excluyente de culpabilidad"-(129).

En efecto, para los fines de nuestro tema, pensamos que la causa de licitud en estudio sólo opera en la hipótesis de que se origine por un hecho legítimo e insuperable a consecuencia de una fuerza física irresistible; tal sería el caso cuando el capitán del buque auxiliador, al no poder prestar auxilio a la embarcación o personas en peligro, por existir — ese mismo peligro inminente e insuperable, o al tratar de realizar el acto de dar aviso a la autoridad — competente; esto es, ese acto ha sido impedido por — que las redes de comunicación se hallan interrumpidas.

Ahora bien, se plantea también la hipótesis de que el buque auxiliador omita dar el socorro a una embarcación o personas en peligro, a consecuencia de la existencia de ese peligro inminente e insuperable; —

129.- Villelobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano —
Págs. 367 y 368 3a. Edic. Edit. Porrúa México-
1975.

mismo: que en el caso de que se decidiera a prestar - pondría asimismo en serio peligro a su propio buque, a su tripulación y a sus pasajeros.

El peligro ciertamente genuino y verdadero - y por tanto insuperable, ya ni siquiera teniendo en cuenta el medio en donde se suscite (mar), no quiere decir, que opere la causa de licitud que comentamos, - pues atentos a lo que dice el Artículo 72 de la Ley - de Navegación y Comercio Marítimos se infiere la obligación de no realizar la conducta esperada y exigida - por la norma: Artículo 72... "Sólo podrá excusarse - de esta obligación cuando el hacerlo implique peligro - serio para su propio buque, su tripulación o sus pasajeros". Es claro que estamos frente a un impedimento de Derecho lo que nos conlleva a decir que la conducta omisiva encuadra perfectamente en la justificante - de un Cumplimiento de un Deber.

Por ello certeramente dice Silvela: "El que no ejecuta aquello que la ley ordena, porque lo impide otra disposición superior y más apremiante que la misma ley, no comete delito, lo exime a no dudar de su responsabilidad La legitimidad misma que motiva su in inacción; el que no practica el hecho que debiera haber ejecutado por un obstáculo que no estaba en su ma no vencer, tampoco delinque pues lo exime de responsaa

bilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que - le impide obrar". Continúa más adelante diciendo: "La única dificultad que en la práctica de esta disposición legal podrá presentarse consistirá en determinar en cada caso cuando la causa que motiva la inacción - es legítima o justa, cuando es insuperable o capaz de ser vencida por el esfuerzo del que incurre en la omisión". (130)

130.- Citado por Carrancá y Trujillo Ob. Cit. Págs. - 379 y 380.

CAPITULO VII

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

- 1.- La imputabilidad como presupuesto necesario en la culpabilidad.
- 2.- La culpabilidad.
 - a) Teoría Psicologista.
 - b) Teoría Normativista.
- 3.- Formas o especies de culpabilidad en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 4.- Causas de inculpabilidad.
 - a) Error de hecho esencial e invencible.
 - b) Error de derecho y,
 - c) No exigibilidad de otra conducta.
- 5.- La inculpabilidad en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.

1.- LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO NECESARIO DE LA CULPABILIDAD.

Entrar al estudio de la Imputabilidad, es — por demás importante. Al respecto existen tres corrientes: Una que la desune de la culpabilidad; otra que la considera como elemento autónomo del delito y la tercera, que constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Indudablemente que al estudiar a la imputabilidad, nos lleva a introducirnos al campo subjetivo del delito, y ésto es obvio si atendemos a que hoy — día al hablarse de imputabilidad se hace referencia siempre a la capacidad o calidad del agente; ello es lo que conduce a estudiar los caracteres personales — del sujeto.

Así por ejemplo, Eugenio Cuello Calón nos — dice: "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 psicológicas y morales (salud y madurez) exigidas por la — ley para responder de los hechos cometidos" (131).

La imputabilidad debe aceptarse hoy, como - un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: "Capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad" (132).

Porte Petit enseña: "Si ésta (refiriéndose a la imputabilidad) viene a ser el nexo psíquico que une el resultado con el autor, es evidente que el autor para actuar como causa psíquica de la conducta, - ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues sólo queriendo y conociendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo" (133).

De los razonamientos antes mencionados partimos para adherirnos a la tercera de las corrientes doctrinarias enunciadas al inicio de este capítulo, - pues para nosotros, existe una marcada diferencia entre la imputabilidad y la culpabilidad; aquella es la

132.- Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. pág. 287 3a. Edic. Edit. Porrúa México 1975

133.- Cuello Calón E. Ob. Cit. Pág. 359.

situación cualitativa o estado de capacidad del su—
jeto que va a constituir el punto de partida para la
realización o no de una conducta o hecho en tanto que
la culpabilidad no es otra cosa que la relación de di
cha conducta o hecho con el agente.

Creemos propicio señalar que no debemos --
caer en el error de confundir a la imputabilidad con
la responsabilidad, pues ésta invariablemente va apa
rejada a la primera, en cuanto la conducta o hecho --
son realizados. Por ello bien dice Cuello Calón: --
"Mientras que el estado imputable es anterior a la --
comisión del hecho, la responsabilidad nace al momen
to de su perpetración" (134).

Sin embargo advertimos que, tampoco debemos
caer en el error de confundir la responsabilidad con
la culpabilidad, pues recordemos que cuando el agente
realiza la conducta o hecho en legítima defensa o a --
virtud de cualquier otra causa de licitud, si bien es
cierto que los actos que realiza son imputables y vo
luntarios, también es cierto que no hay responsabili
dad para él, toda vez que la conducta o hecho reali
zados están amparados por la Ley.

134.- Cuello Calón E. Ob. Cit. Pág. 359.

La inimputabilidad en nuestro derecho positivo.

A carencia de una definición de tipo legal, no hay más remedio que inferir la noción y fundamento de la imputabilidad desprendiéndola de las causas excluyentes de inimputabilidad.

Sin asomo de duda, el artículo 15 fracción II de nuestro código penal vigente, con desatino evidente establece la causa de inimputabilidad, debido en gran parte a la frecuente confusión que se hace — entre la imputabilidad y la responsabilidad.

Es por demás axiomático, que el legislador mexicano con base en la responsabilidad social; es — decir, fundada en aquel deber del imputable frente a la sociedad, ha considerado imputables a los sujetos que comprenden las hipótesis de los numerales 67 y 68 del ordenamiento legal mencionado, adoptando la tesis de la doctrina positivista, la cual considera como — responsables socialmente a los que se encuentran en — dichos casos; olvidándose por otro lado que, el estado imputable es anterior a la conducta o hecho desplegados por el agente en tanto que la responsabilidad, nace precisamente al momento de realizarse dicha con-

ducta o hecho.

Si la imputabilidad de un sujeto radica en que éste posea la capacidad de entender y de querer, es incuestionable que la ausencia de estos requisitos dará por resultado la inimputabilidad del agente; son justificadas pues, las severas críticas que diversos autores hacen a la fracción del artículo que comentamos, ya que únicamente menciona al trastorno mental — con carácter transitorio y no incluye a los enfermos mentales permanentes, toda vez, que a estos últimos — los considera imputables y en consecuencia como ya — bien señala Porte Petit".." resulta que está aceptando delitos sin culpabilidad" (135).

Así pues, inferimos de lo expuesto que el — legislador de 1931 en nuestro concepto, erróneamente ha considerado imputables a los enfermos mentales permanentes por cuanto a que son responsables socialmente, olvidando que la imputabilidad radica en la capacidad natural de entender y querer del sujeto y que — de no existir esta característica propia, indudable—mente, el sujeto agente, queda fuera del campo penal, sin desconocer desde luego, que no por ello deja de — ser peligroso o temible para la sociedad.

135.— Ob. cit. pág. 46.

Por lo que respecta a los menores, es evidente que el legislador del código penal vigente, no los considera imputables ni inimputables; lo ciertos que, únicamente los excluye de la jurisdicción penal — sometiéndolos a un tratamiento especial en la institución que por hoy recibe el nombre de Consejo Tutelar para Menores Infractores.

Así pues, hacemos nuestro el juicio emitido por Castellanos Tena al decir "que a la imputabilidad se le debe considerar como 'el soporte o cimiento' — de la culpabilidad y no como un elemento del delito" (136).

Adhiriéndonos asimismo con dicho autor en — cuanto a la disención del criterio muy respetado de — Porte Petit, en cuanto a que el citado en primer término considera a la imputabilidad como presupuesto o soporte del elemento culpabilidad, en tanto que el se gundo sostiene que la imputabilidad también es un pre supuesto, empero, del ilícito en general.

En el delito materia de nuestro tema será imputable al sujeto que tenga la capacidad de entender y de querer la conducta o hecho realizados, o bien, en otras palabras, que tenga la capacidad de culpabilidad.

Por tanto será inimputable aquel sujeto que no tenga la capacidad de entender y de querer.

2.- LA CULPABILIDAD.

Es escabroso en verdad el tema de este elemento del delito no sólo porque ingresa uno al ambiente subjetivo del mismo, sino porque al estar en él no dejan de ser pocas las espinas que se interponen en el camino de su estudio. En efecto, muy estudiado ha sido dicho elemento, y todos los autores coinciden en que la culpabilidad representa las circunstancias que lo invisten de ética y normatividad; consiste pues, en la particular actitud del sujeto desde su conciencia y voluntad, utilizando su intelecto con miras hacia un resultado, el cual no es otro, que la violación al deber impuesto por la norma.

Pero pensamos que el problema planteado por los juspenalistas no es el de establecer lo que constituye la culpabilidad, pues estamos de acuerdo que por un lado, necesariamente en la culpabilidad existe un elemento subjetivo y otro normativo; por ello se razona diciendo que, por ejemplo, la Teoría psico-logista trabaja dentro del campo normativo como es el derecho, único en donde puede hablarse de delito (137) (en este sentido Castellanos Tena). Creemos nosotros

137.- Castellanos Tena F. Ob. Cit. Pág. 233.

que lo importante es determinar en qué consiste esa actividad subjetiva.

A tal efecto, han sido elaboradas dos teorías para tratar de establecer la naturaleza de la culpabilidad, ellas son, a saber:

a) Teoría Psicológica o Psicologista.

b) Teoría Normativa o Normativista.

a) La primera, nos dice que la culpabilidad tiene su esencia en la relación subjetiva que media entre el hecho y su autor.

Así entonces, la culpabilidad reside en el propio sujeto.

Ignacio Villalobos nos dice: "Muchas veces se ha repetido que, si la antijuridicidad es la oposición del hecho al orden jurídico, la culpabilidad es oposición del sujeto al mismo. Aquella la antijuridicidad es violación objetiva de la norma de valoración; en tanto que ésta, la culpabilidad, es el que—

que lo importante es determinar en qué consiste esa - actividad subjetiva.

A tal efecto, han sido elaboradas dos teorías para tratar de establecer la naturaleza de la culpabilidad, ellas son, a saber:

a) Teoría Psicológica o Psicologista.

b) Teoría Normativa o Normativista.

a) La primera, nos dice que la culpabilidad tiene su esencia en la relación subjetiva que media entre el hecho y su autor.

Así entonces, la culpabilidad reside en el propio sujeto.

Ignacio Villalobos nos dice: "Muchas veces se ha repetido que, si la antijuridicidad es la oposición del hecho al orden jurídico, la culpabilidad es oposición del sujeto al mismo. Aquella la antijuridicidad es violación objetiva de la norma de valoración; en tanto que ésta, la culpabilidad, es el que—

brantamiento subjetivo de la norma imperativa de —
determinación" (138).

Nosotros concluimos que la actividad subje-
tiva de la teoría psicologista consiste en la esencia
de su contenido; es decir, radica en el hecho psicoló-
gico representativo de la relación entre el hecho il-
lcito y su autor; y nos apoyamos fundamentalmente en —
la siguiente aseveración hecha por Sebastián Soler.

"El hecho es imputado por el Derecho al su-
jeto no como cosa, sino como persona, lo cual importa
que la subjetividad del individuo en el momento de la
acción es la que da verdadero contenido al delito. —
El hecho a más de ser producido físicamente, tiene —
que ser obra humana personal, subjetiva del autor" —
(139).

b) La segunda teoría, la Normativista, indi-
ca Castellanos Tena: "Para esta doctrina, el ser de —

138.— Villalobos Ignacio. Ob. cit. Pág. 282.

139.— Derecho Penal Argentino 3a. Reimpresión Tomo II
pág. 68 Edit. TEA Buenos Aires 1956.

la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exhibibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: - por una vertiente, una situación real, una conducta - dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir, el deber - ser jurídico" (140).

Inferimos de la teoría antes mencionada, - que la culpabilidad radica en que el orden jurídico - esté en posibilidad de exigir al sujeto una conducta apegada al deber ser que representa. Por ello los partidarios de esta doctrina normativista señalan fehacientemente que la culpabilidad no es otra cosa que la reprochabilidad.

Cuello Calón dice: "Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además ser le reprochada" — concluye y define a la culpabilidad manifestando: — "De acuerdo con estas ideas la culpabilidad puede definirse como un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo — mandado por la ley" (141).

Es decir, a diferencia de la teoría psicologista para la cual la culpabilidad es una situación — de hecho psicológico que excluye el juicio valorativo, para la teoría normativa, esta situación de hecho debe ser no solamente de carácter psíquico, sino además debe ser valorizada normativamente. En este sentido interpretamos lo dicho por James Goldschmit quien dice: "La doctrina normativa de la culpabilidad no es — una mera relación psíquica del autor con la acción an tijurídica, sino una valoración del supuesto o del — hecho psíquico mismo" (142).

Nosotros estamos de acuerdo con lo dicho — por el jurista citado en el párrafo que antecede, y —

141.— Ob. Cit. Pág. 357 y 358.

142.— "La concepción normativa de la culpabilidad"pág 32. Traducción de Margarethe de Goldschmidt y — Ricardo C. Nuñez. Edit. Depalma, Buenos Aires 1943.

adoptamos el criterio emitido por Ignacio Villalobos quien sostiene: "Hay que reconocer que la no com pleta de la culpabilidad se forma por dos elementos:— Una actitud psicológica del sujeto, conocida como si- tuación de hecho de la culpabilidad y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por en con trar al sujeto en oposición o en pugna con el dere cho y con sus obligaciones personales" (143)

3.- FORMAS O ESPECIES DE CULPABILIDAD.

Conforme a Sebastián Soler, las formas — de la culpabilidad son dos: Dolo y Culpa; nos dice — dicho autor: "La actitud genérica de menosprecio para valores jurídicos en que la culpabilidad consiste y — que funda el reproche dirigido al individuo puede asu mir dos formas fundamentales: Dolo y culpa" (144). — Al decir de Sauer: "Son elementos de la culpabilidad el dolo y la culpa"; más no son según su criterio formas o especies.— pues argumenta—" son únicamente partes integrantes, esenciales de la culpabilidad" (145). Según Jiménez de Asúa el dolo y la culpa no son ca— racterísticas de la culpabilidad, "constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto culpabilidad. Y son las únicas espe cies" (146). Entre nosotros Ignacio Villalobos alu— diendo a Frank señala: "Por consiguiente y a diferencia de lo aseverado por Frank, en que tal actitud del

-
- 144.- Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino Tomo II sexta reimpression Editorial TEA. Buenos Aires 1973. Pág. 228.
- 145.- Derecho Penal Parte General. Editorial Bosch — Barcelona 1956. Traducción de Juan del Rosal y José Carezo Pág. 228.
- 146.- La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana sexta Edición Buenos Aires. Pág. 358.

sujeto es solo una 'forma' (Término equívoco) o un 'elemento' de la culpabilidad, debe insistir en que lo es todo; en que la causalidad psicológica del acto o el producirse éste por el sujeto, en uso de sus facultades mentales, constituye la esencia de la culpabilidad, supuesto ya que se trata de una conducta antijurídica; y en que por lo mismo el dolo y la culpa, como las dos maneras en que se produce la relación aní-mica entre el sujeto y su acto, son verdaderas especies del género culpabilidad"(147).

Lo cierto es que la tradición doctrinal nos habla tanto de la existencia del dolo y de la culpa cuando se toca el tema de la culpabilidad. Sin que hagamos un estudio profundo de las mismas y considerándolas como especies de la culpabilidad, hablaremos de ellas, añadiendo una forma o especie más: La Preterintencionalidad, a la cual se refiere Porte Petit.

A).- El Dolo.

El dolo se da cuando el agente quiere el re-sultado que su acto u omisión queridos produce.

Respecto al dolo se han elaborado dos teorías con el fin de asentar su naturaleza, éstas son a saber:

- a) La teoría de la voluntad y,
- b) La teoría de la representación.

La primera, encabezada por Francesco Carrara, consiste en que "el dolo es la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley" (148).

La segunda, según Cuello Calón entiende que "ve al elemento básico del dolo en el conocimiento y previsión del resultado". Por ello concluye dicho autor que la noción de dolo no puede construirse sobre estos conceptos aislados, voluntad o representación; y armonizando a ambos da su definición diciendo: "Do-lo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución

148.- Carrara, Programa Parágrafo 69, citado por — —
Cuello Calón. Ob. cit. pág. 371.

de un hecho que la ley prevé como delito" (149).

Para Luis Jiménez de Asúa, el dolo, existe cuando " se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, — con conocimiento de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación y el cambio en el mundo exterior, con voluntad — de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (150).

Como se puede apreciar, para el autor citado en el párrafo anterior, los elementos intelectuales radican en el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significado jurídico, en tanto que para que quede integrado el elemento afectivo, es necesario que se fusionen las teorías de la voluntad y de la representación. Lo incuestionable, es que existe un común denominador en las formas de conducta o hechos realizados por el sujeto; ese común denominador está compuesto por lo elementos ético y volitivo

149.— Ob. cit. Pág. 371.

150.— La Ley y el Delito. Pág. 365 6a. edic.

que constituyen el dolo.

El ético viene a ser la conciencia de que — se quebranta el deber y el volitivo o psíquico es la voluntad de exteriorizar o realizar el acto.

GRADOS DEL DOLO.

Ya Sebastián Soler, hace la siguiente advertencia aludiendo a la doctrina alemana "¿Cuál es el contenido del Dolo? ¿Qué es lo que el sujeto debe representarse o querer o consentir para que pueda afirmarse que su conducta es dolosa? —contesta— Obsérvese que la respuesta no puede ser simplemente que es doloso lo querido, pues, psicológicamente no es querido todo lo que se hace; por saber lo que se quiere se hace también lo que no se quiere" (151). De ahí según dicho criterio, mismo que acogemos, deviene lo más importante de las clasificaciones en cuanto a las formas del dolo; es decir, dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual, etc.

151.— Ob. Cit. Pág. 100 Tomo II.

Así pues entre otros autores que reconocen la clasificación o grados del dolo, tenemos a Sauer — quien dice: "Según el grado de conocimiento, el dolo, que es conocimiento, se gradúa en especies". Continúa y establece "la existencia de dolo directo, dolo de probabilidad o eventual, etc." (152). Luis Jiménez de Asúa sostiene: "En la actualidad sólo pueden y deben distinguirse estas cuatro clases de dolo: a) Dolus directus; b) Dolo con intención ulterior, mal llamado 'dolo específico'; c) Dolo de consecuencia necesarias, y d) dolo eventual" (153); Para Cuello Calón existen "dolo directo e indirecto o eventual" (154).

Ciertamente que las diferencias de criterios en cuanto a los elementos constitutivos del dolo no se presenta, toda vez que de las variadas opiniones, en ellas se observa coincidencia en cuanto a los mismos; en lo que existe discrepancia es en lo referente a la forma o especie de dolo, tal y como se acaba de exponer, y en cuyo examen no entraremos; sólo—

152.— Guillermo Sauer Ob. Cit. Págs. 267 y 268.

153.— Ob. Cit. Pág. 365

154.— Derecho Penal Novena Edición Editora Nacional — México. Pág. 375.

mente nos concretaremos a dar sus pormenores. Así — pues, únicamente estableceremos tres grados de dolo: Directo, Eventual y de Consecuencias Necesarias.

1.- Dolo Directo.- "Es aquel en el que el sujeto se representa al resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer el resultado" (155).

2.- Dolo Eventual.- "Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias" (156).

3.- Dolo de Consecuencia Necesaria.- "Es — aquel que se presenta cuando queriendo un resultado — se produce otro como consecuencia fatal" (157).

Nuestra ley penal no define el dolo y alude a él en el Artículo 80.; al decir de Castellanos Tena

155.- Ob. Cit. Pág. 239.

156.- Castellanos Tena F. Ob. Cit. Pág. 240.

157.- Islas Magallanes Olga. El Delito de Revelación de Secretos Pág. 119. México 1962. Definición de — Jiménez de Asúa.

"solo equipara el dolo a la intención, de donde parece desprenderse que sólo se refiere en puridad técnica a los delitos con dolo directo" (158).

B) LA CULPA.

La teoría tradicional para explicar la naturaleza de la culpabilidad es la de Previsibilidad; ésta ha sido también encabezada por Francesco Carrara - quien la ha definido como "la omisión voluntaria de - diligencia en calcular las consecuencias posibles y - previsibles de un hecho propio, asentando la esencia de la culpa, toda en la previsibilidad" (159).

De la misma forma en que construye Jiménez de Asúa la concepción técnica del dolo, también lo - hace con la de culpa, y dice que "existe culpa cuando

158.- Castellanos Tena F. Revista Jurídica Veracruzana. Pág. 53 Tomo VII número 1, Xalapa, Ver.

159.- Carrara, Programa parágrafo 80. Citado por Maggiore Giuseppe. Derecho Penal Tomo I. Pág. 600 Edit. Temis Bogotá 1954.

se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo — cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo" — (160).

La culpa excluye la intención de cometer el delito. Por ello el delito es culposo (no intencional) (161) cuando el resultado, aunque se prevea, no es querido por el agente y se da o verifica a consecuencia de la negligencia, impericia, imprudencia, o bien por la simple inobservancia de las normas (leyes reglamentos, circulares, etc.)

160.— Ob. Cit. Pág. 371.

161.— Si bien es cierto que el código penal vigente — no define la culpa, también es cierto que la da a entender en el propio artículo 80. en su párrafo segundo.

Según la doctrina alemana, la culpa puede ser consciente o lo que es para otras doctrinas culpa con representación, y culpa inconsciente o sin representación. En la primera el resultado se representa como posible pero se confía en que no sucederá. — En la segunda, el resultado ni siquiera se representa, pero debe ser previsible para el sujeto, pues de no ser así nos encontraríamos ante la figura del caso — fortuito.

C).- LA PRETERINTENCIONALIDAD.

Esta forma o especie de la culpabilidad es considerada por algunos autores como categoría dependiente y no autónoma. En este sentido Ignacio Villalobos quien la considera no como delito preterintencional, sino en todo caso como "delito con resultado preterintencional o con tipicidad preterintencional" (162).

Jiménez de Asúa, considera que la verdadera esencia del delito preterintencional se compone de dos elementos: Uno doloso y otro culposo. Dice dicho autor: "La fórmula de concurso de dolo y culpa —

162.- Ob. cit. pág. 324 nota 165 párrafo sexto.

nos permite resolver muchos problemas y dar sentido lógico a la expresión preter o ultraintencional" — (163).

Nosotros concedemos toda la razón al juicio emitido por el autor hispano, pues es evidente que la preintención contiene los elementos a que se hace — alusión; existe dolo en cuanto a la intención original y existe culpa en cuanto al resultado producido, y lo que va a dar calidad de preterintencionalidad a la conducta o hecho, es un resultado, sí, pero más — grave del deseado. Así por ejemplo, el clásico caso de cuando un sujeto sólo desea causar una simple lesión a otro, cuando el primero da el golpe al sujeto pasivo cae y se pega en la nuca produciéndose la — muerte. Es indudable que el dolo era únicamente en — cuanto a que deseaba una lesión leve empero, hubo un resultado más grave, la muerte, la que se produjo sin asomo de duda por falta de previsión de lo que era — previsible en donde se representó el sujeto activo — el resultado aunque no querido, esperando que nunca — sucediera (culpa con representación o consciente), — o bien, que sencillamente no haya pensado jamás en la posible consecuencia o acaecimiento. (culpa sin representación o inconsciente).

A mayor abundamiento, entre nosotros Porte Petit acepta la Preterintencionalidad y señala: "El Código Penal Mexicano incluye las tres formas de culpabilidad: El dolo, en el Artículo 7o.; la culpa en el 8o. y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin en la fracción II del Artículo 9o. como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, pero que el Código la regula como dolosa, que equivale a decir que el delito es intencional aunque no lo sea" (164).

Para los efectos de encuadrar la culpabilidad en el delito, materia de nuestra tesis, hemos de establecer primero que, son dos las corrientes que sobre el delito de omisión de auxilio en general se argumentan:

164.- Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal -- México 1954. Pág. 50.

1.- La de quienes sostienen que concurren - el dolo o la culpa y, (165).

165.- Maggiore Giuseppe: "La imputabilidad supone la omisión dolosa (no tan solo culposa) del aviso de socorro, es decir, la conciencia y la voluntad de sustraerse a una obligación impuesta por la ley". Delitos en particular parte especial.- Temis-Bogotá 1955. Eugenio Cuello Calón: "Dado el carácter general del artículo 565 del código penal sería posible su comisión a base de culpa en los casos de prestación de un socorro insuficiente por negligencia y en los dos de retardo negligente en prestarlo o en demandar auxilio ajeno". Derecho Penal Tomo II Pág. 737 9a. - - Edic. Barcelona 1955. Citados los juspenalis-tas mencionados por Porte Petit en su Dogmá-ca sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Pág. 302 2a. Edic. Edit. Jurídica - Mexicana. México 1969.

2.- La de quienes sostienen que únicamente se presenta el dolo (166).

Nos adherimos con quienes sostienen que únicamente se presenta el dolo, pues como en forma muy - certera a nuestro criterio, argumenta Porte Petit: — "La omisión de auxilio sólo es concebible en forma dolosa: Querer la omisión y, consiguientemente el incumplimiento del deber jurídico impuesto por la ley. En consecuencia, considerando el dolo como única especie de culpabilidad en esta figura delictiva, no es posible aceptar una omisión de auxilio culposa" (167

En el particular, el capitán del buque auxiliador quiso la omisión, quiso no dar o prestar auxilio a la embarcación o personas en peligro en el mar próximos a su buque; incumplió con el deber jurídico impuesto por la norma sin que el propio capitán, su -

166.- Antolisei, Altavilla, Manzini, Ranieri, Vannini. Todos ellos citados por Porte Petit. Cfr. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. Pág. 302 2a. Edic. Edit. Jurídica Mexicana México 1969

167.- Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud. pag: 302 edit. Jurídica Mexicana, México 1960.

buque, tripulación o pasajeros corriesen peligro serio al haberlo hecho. En igual forma quiso no hacer el llamado de auxilio a la autoridad.

En efecto, es por demás evidente que el dolo en nuestro delito, consiste tanto en el conocimiento del estado de peligro en que se hallan la embarcación o personas, o bien en el estado de naufragio, como en la voluntariedad de la omisión por parte del sujeto agente. Es incuestionable que la conducta dolosa se colma tan sólo en el instante en que el activo del delito prevea que su omisión deja inalterada la situación de peligro así como su consecuente pre-existencia, y es precisamente en este momento en donde radica el conocimiento de peligro en el sujeto agente; por lo que hace a la voluntariedad de omitir dicho auxilio, esta radica en el querer en esos momentos dejar inalterada la situación conocida. He pues aquí el funcionamiento de los elementos del dolo: el conocimiento y la voluntariedad.

Sin embargo, no desconocemos que al dejar volar nuestra imaginación, nos hemos planteado hipótesis que nos han hecho dudar en la posible existencia de una conducta culposa, como por ejemplo, la dada a entender por Cuello Calón y a la que hemos ya citado; empero, nosotros seguimos sosteniendo contra -

la muy respetada opinión de dicho autor, que nuestro delito no puede ser culposo, habida cuenta que por el hecho de dar un socorro insuficiente o bien un retardo negligente en prestar dicho auxilio, o bien en dar aviso inmediato, el delito no deja de ser doloso pues a nuestro criterio ciertamente la causa es la negligencia pero la conducta es precisamente no haber dado el socorro, el auxilio que la ley expresamente impone y en obvio de razones esto es lo que la ley reprisa sanciona y, no la negligencia. A mayor abundamiento, no olvidemos que el tipo penal de nuestro ilícito no requiere un mutamiento en el mundo material o exterior, sino sólo de un mutamiento en el mundo jurídico.

Por otro lado pensamos que en la confusión a que se podría llegar sería en cuanto al dolo eventual y la culpa con representación en razón de que en ellas se presenta la Representación del Resultado; em pero, sin embargo, insistimos que ni aún así habría confusión, pues para el dolo eventual bastaría con que la Representación que se hiciera al sujeto agente respecto de la situación de peligro para una persona desamparada tuere probable y además la existencia del deber jurídico de obrar, es decir, de dar el auxilio; en tanto que, para la culpa con representación quedaría solamente en una simple sospecha, en una simple posibilidad de la existencia de tal peligro.

5.- INCUFPABILIDAD.

Es incuestionable que la doctrina en lo general es coincidente al establecer las causas de inculpabilidad considerando como tales al error, la ignorancia y la coacción, agregando además a la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, observamos a la propia doctrina discrepante en cuanto hace referencia precisamente a esta última causal, pues no son pocos los autores que aceptan la no exigibilidad de la conducta en una forma abierta (168), en razón de que mientras para unos ésta sólo tiene cabida en el derecho positivo que le ha dado origen (doctrina alemana), para otros, no se ha podido establecer su naturaleza jurídica o bien dicha causa de inculpabilidad sólo es una motivación de un perdón o de una excusa.

Lo cierto es que para nosotros, cuando el conocimiento o la voluntad integrantes de la acción

168.- Cfr. Soler Derecho Penal Argentino Tomo II págs 66 y 84 Editorial TEA 6a. Reimpresión General - 1973; Cuello Calón Derecho Penal Editora Nacional Pág. 468. Castellanos Tena Lineamientos Elementales de Derecho Penal Pág. 254 Editorial Porrúa México 8a. edición. Ignacio Villalobos - Derecho Penal Mexicano cita número 235 Pág. 439 in fine Editorial Porrúa Tercera Edición México.

en el sujeto, faltan o bien son obstruidos, nace el — aspecto negativo de la culpabilidad; en esa forma, — se da a luz a la inculpabilidad y en consecuencia el delito es inexistente.

El caso Fortuito.

No resulta fácil hablar del Casus, habida — cuenta que la mayor parte de los tratadistas al referirse a dicho tópico jurídico penal, no son coincidentes al ubicarlo en un lugar específico en sus tratados y aún más, dejan de establecer si es o no una eximente.

Nosotros nos limitaremos a indicar que, si cuando se habla del Caso Fortuito se le ubica dentro del campo de la culpabilidad, es debido a la negación que hace éste respecto del dolo y de la culpa, y principalmente porque está relacionado con esta última si tenemos en consideración que la culpa está fincada — en el clásico criterio de la previsibilidad en tanto que el Casus en el de la impresibilidad, así como en la inevitabilidad; por ello, la mayoría de los jus—penalistas vinculan esa estrecha relación de la culpa con el Casus.

Nuestro ordenamiento penal establece en su artículo 15 fracción X; Que es causa excluyente de -- responsabilidad: "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas".

Por nuestra parte acogemos el criterio emitido por Franco Guzmán quien nos dice, refiriéndose - al texto transcrito en líneas anteriores: "La lectura de este precepto nos hace afirmar que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad, pues si el - hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídico; si no es antijurídico, no puede ser ya culpable" (169) A mayor abundamiento dicho criterio es apoyado por -- Castellanos Tena quien con su agudez estima: "En el - caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: La conducta del agente (por -- hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a el extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, -- una con causa que se une a la conducta de esa amalgama surge el evento. En consecuencia el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es -- cautelosa y absolutamente lícita pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resul- tado coincidente con la descripción legal de un deli- to, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia -

169.- La culpabilidad y su aspecto negativo. Revista Criminalia. Julio 1956 número 7 pág. 463.

—agrega y finaliza— mientras en la culpa incon—
 ciente no se prevé el resultado previsible en el —
 caso fortuito jamás puede preverse por ser imprevisi—
 ble. Es decir tanto en la culpa inconsciente como en
 el caso fortuito hay ausencia de previsión del resul—
 tado delictivo, pero mientras en aquella debe prever—
 se por existir esa posibilidad, en el caso fortui—
 to el sujeto no tiene el deber de prever lo humana—
 mente imprevisible" (170).

La inculpabilidad, se ha dicho, tiene dos
 formas o especies: El error y la No exhibilidad de —
 otra conducta.

Creemos nosotros, que el error nace como —
 consecuencia de una posición psicologista, pues si —
 como dicha teoría ya tratada con anterioridad nos di—
 ce que un sujeto es culpable cuando en su conducta ne—
 cesariamente intervienen el conocimiento y la volun—
 tad, cuando por un lado, el error vicia ese conoci—
 miento y por otro hay coacción moral para que el in—
 dividuo obrara por ejemplo con temor fundado o miedo
 grave, es lógico que en el primer caso el conocimien—
 to queda nulo y en el segundo la voluntad es viciada,

170.— Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de —
 Derecho Penal Editorial Porrúa 8a. Edición Mé—
 xico 1974 Págs. 250 y 251.

lo que trae como consecuencia que el agente queda imposibilitado a querer con libertad.

El error es utilizado por la mayoría de los tratadistas sin diferenciarlo de la ignorancia, no obstante que en puridad técnica tienen diferente significado. En efecto, el error contiene una idea falsa de un objeto cierto. En tanto que en la ignorancia hay conocimiento, sólo que éste no coincide con la realidad.

El error ha sido dividido, así tenemos:

- a) Error de hecho y,
- b) Error de Derecho.

La gran mayoría de los tratadistas coinciden en que solamente el error de hecho invencible opera como causa de inculpabilidad siempre y cuando sea apegado al orden de los elementos que constituyen al tipo y a la decisión del autor. Niegan la operancia del error de derecho como causa de inculpabilidad atentos al principio de que "la ignorancia de la ley a nadie beneficia" y en consecuencia no exime de res-

ponsabilidad.

El error a su vez se divide en Esencial y -
Accidental.

a) "El error se llama esencial cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, sobre una circunstancia agravante de calificación o sobre la antijuridicidad del hecho" — (171).

Entre nosotros Porte Petit apoyándose en — otros autores sostiene: "El error esencial de hecho — para que tenga efectos de eximentes debe ser invencible, de lo contrario, deja subsistente la culpa — — — más adelante finaliza — En concreto, en el error esencial, el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea, que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, — — constituye como antes dijimos, el aspecto negativo — del elemento intelectual del dolo" (172).

171.- Sebastián Soler. Ob. Cit. Pág. 74 Tomo II.

172.- Ob. cit. Pág. 51 y 52.

b) Error Accidental señala Soler es "cuando recae sobre circunstancias que acompañan al hecho pero sin alterar su esencia o su calificación —más — adelante argumenta— se llama accidental porque si — bien recae sobre circunstancias de hecho, que de hecho también, hacen cambiar el suceso, ellas carecen — sin embargo, de toda relevancia jurídica, ya sea en — general ya con relación a la concreta figura delictiva" (173).

El error accidental abarca: Aberratio ictus el cual comprende aquellos casos en que el resultado no es el deseado sino uno equivalente al mismo, por — ejemplo 'A' dispara contra 'B' pero yerra y mata a — 'C' a consecuencia no de haber confundido a 'B' sino a causa de su mala puntería; Aberratio in persona, en este caso es cuando el error recae en la persona objeto del delito; es aquí en donde el error radica en la mente del sujeto agente; por ejemplo 'A' dispara contra 'C' creyendo que este es 'B' a quien realmente de sea matar; y, Aberratio Delicti, que al decir de — Castellanos Tena es "cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado" (174).

173.— Ob. Cit. pág. 74 y sigs. Tomo II.

174.— Ob. Cit. pág. 256.

Olga Islas Magallanes siguiendo la contemporánea doctrina alemana construye un cuadro sinóptico; mismo que transcribimos a continuación.

Error de hecho Esencial e Inven- cible	a) Error de tipo	a)Error total del tipo b)Error sobre un elemento del tipo.
Error de Derecho	b) Error de lici- tud.	Eximentes - putativas.
No exhibibilidad de otra conducta.		

Nos dice textualmente la autora antes cita-
da:

"Como se observa en el cuadro anterior, el error de hecho esencial e invencible puede ser de tipo y de licitud. El primero será total de tipo cuando recaiga sobre un tipo formado solamente por el — elemento objetivo, y error sobre un elemento de tipo,

en el caso de que este error recaiga únicamente sobre un elemento esencial".

"El error de licitud se traduce en las exi-
mientos putativas las cuales se presentan cuando el su
jeto cree, por error de hecho esencial e invencible,
que su conducta es lícita, cuando en realidad es con-
traria a derecho".

"El error en estos casos se da sobre el - -
juicio de valoración, o sea que el sujeto estima que
su conducta es lícita por estar amparado por una cau-
sa de licitud. En consecuencia puede hablarse de - -
tantas exi~~m~~entes putativas como causas de licitud - -
existan". (175).

El error de derecho, como causa de inculpabi-
lidad es rechazado por la mayoría de los tratadistas
como ya con anterioridad lo expresamos.

Por nuestra parte consideramos que la incul
pabilidad se llena con el error de hecho esencial e -

invencible y la no exigibilidad de otra conducta; no — así con el error de derecho, pues independientemente de no estar regulado por nuestro derecho positivo, — opera el principio de que "la ignorancia de la ley a nadie favorece".

Ciertamente que el error de derecho no está reglamentado en nuestro derecho penal; empero, sí hace alusión a este en sus Fracciones III y IV del Artículo 9o.

La no exigibilidad de otra conducta.

Así como sostenemos que el error como causa de inculpabilidad se infiere de la concepción psicologista de la culpabilidad, hacemos ahora lo mismo con la No Exigibilidad de otra conducta; solamente que — ésta ha de ser desprendida de la concepción normativista. En efecto, si como se ha dicho, para los normativistas la culpabilidad consiste en un juicio de reprochabilidad de la conducta, es necesario para que éste reproche se dé, que el orden normativo pueda en el caso concreto exigirle la observancia de uno distinto a aquel que ocasionó el hecho delictuoso. De ahí que cuando al sujeto que realizó una conducta distinta a la que se observó, y no se le puede exigir otra diferente, se le tenga que declarar inculpable —

por no exigibilidad de otra conducta, pues en obvio - de razones, no se puede reprochar lo que no se puede exigir.

Esto no quiere decir que se de al traste — con lo sostenido por la doctrina psicologista; al menos ésto pensamos nosotros, en cuanto a que considera a la culpabilidad integrada siempre de el conocimiento y la voluntad del sujeto; lejos de ello, creemos — que lo confirma.

Por ello nos parece muy juicioso y acertado el criterio de Olga Islas al decir: "En el juicio de reproche al que se somete al sujeto, dentro de la tesis normativista no se excluye la relación o nexo que debe existir entre la actividad psíquica y el resultado; sólo se lleva al campo valorativo, donde tomando en cuenta todas las circunstancias que mediaron en la ejecución del hecho se determinará si este nexo es — reprochable o no" (176).

Es pues una traslación de un lugar a otro, en cuya trayectoria se hace un juicio de relación di-

rigido al nexo psíquico entre el autor y el hecho -- mismo, solamente que desde una posición valorativa, -- desde luego, en referencia al orden normativo.

En nuestro delito, materia de tesis, las -- causas de inculpabilidad que operan según nuestro cri-- terio son la Inculpabilidad por error de hecho esen-- cial e invencible. (sea por error de tipo o de lici-- tud).

Por ejemplo sería error de tipo cuando el -- sujeto agente tuviera un error sobre la situación de desamparo en que se hallaba la embarcación o personas en peligro o en naufragio sobre la gravedad de dicho peligro; sería el caso del submarino inmerso en el -- fondo del mar, inmóvil a consecuencia de sus graves -- averías y además con las redes de comunicación inutilizadas. El error de licitud, pensamos, podría darse cuando el activo del delito se hallara en un errorre-- lativo a la obligación de prestar el auxilio, sería -- el caso en que el sujeto agente no da el socorro por creer que ello entrañaría un riesgo para su persona. Es claro pues, que en ambos ejemplos quedaría excluf-- do el dolo.

Eximientes Putativas.

Finalmente, si como es nuestra intención hacer del presente trabajo un ensayo dogmático, dogmáticamente pues, hemos de manifestar que si existen — otras causas de inculpabilidad de carácter supralegal, pues como ya lo ha dicho acertadamente Castellanos — Tena, "existen sin duda causas de inculpabilidad aún cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley" (177). Según el autor que mencionamos las eximientes putativas "son las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable — cree fundadamente, en realizar un hecho típico del de recho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida lícita) — sin serlo" (178).

Por ello y como más adelante se indica a — consecuencia del error sobre el que descansan dichas eximientes y que consiste en el de su valoración, se — deduce que habrá tantas eximientes putativas como causas de licitud existan.

Por cuanto hace a la Inexigibilidad de otra conducta, pensamos que es aplicable, atentos a que es

177.— Ob. cit. pág. 259

178.— Ob. cit. pág. 260

una causa general y supralegal cuyo objetivo es resolver con justicia los casos concretos que afloran a la vida penal.

CAPITULO VIII

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, LA
PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

- 1.- Las condiciones objetivas de punibilidad en la —
doctrina.
- 2.- Aspecto negativo.
- 3.- Las condiciones objetivas de punibilidad en el —
delito de omisión de auxilio a personas en peli—
gro en el mar.
- 4.- La punibilidad y Excusas Absolutarias.
- 5.- La punibilidad y su aspecto negativo en el delito
de Omisión de auxilio a personas en peligro en el
mar.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

1.- Ciertamente que respecto a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad no hay uniformidad de criterios para establecer su naturaleza jurídica; es decir, en cuanto a si son o no elementos del delito.

El extinto Luis Jiménez de Asúa, antes de analizar los criterios de Ernesto Beling, Leopoldo Zimmerl, Erich Land y Carnelutti; respecto al tema que nos ocupa, advierte: "Por nuestra parte, no podemos considerar que las condiciones extrínsecas de penalidad constituyen uno de los caracteres del delito. La esencia de ellos, como de todas las partes de una definición, estriba en su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa de las infracciones delictivas. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas de penalidad. Son de naturaleza dudosa y de muy escaso número, mucho más para aquellos que, como nosotros las dejamos reducidas a mínima expresión" (179). Una vez que analiza a los autores mencionados concluye y dice: "Todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad: Los requisitos del acto típico, antijurídico y culpable resultan en última instancia presupuestos o condiciones pa

179.- La Ley y el Delito Pág. 417 6a. Edic. Edit. Sudamericana Buenos Aires 1973.

ra que se verifique una pena" (179 Bis). Más adelante señala: - "Ya dije que las condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad que mencionan los autores, no son propiamente tales sino elementos valorativos y más comunmente, modalidades del tipo. En caso de ausencia funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad" (179 Tris). Agrega y finaliza manifestando: "A nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras del delito, como la calificación de la quiebra" (180)

Entre los autores patrios, Castellanos Tena sigue el mismo lineamiento del autor mencionado al decir: "Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo: si faltan en él, entonces - constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un sólo delito, sin estas condiciones, para demostrar que

179 Bis.- Ob. cit. pág. 423

179 Tris.- Ob. cit. Pág. 425

180.- Ob. cit. págs. 423.y 425

no son elementos de su esencia. Muy raros delitos — tienen penalidad condicionada" (181). Al respecto da una definición y agrega un ejemplo: "Generalmente — son definidas como aquellas existencias ocasionales — establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. Como ejemplo suele señalarse la previa — declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; nótese como en este — requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito" (181 Bis).

Por nuestra parte, nos adherimos a la corriente de los juristas citados y nos apoyamos en el juicio emitido por Ignacio Villalobos: "Un error u — otro trae errores y por eso quienes consideran que — la punibilidad es elemento esencial y constitutivo — del delito, han sentido la necesidad de encajar en la misma estructura las condiciones de punibilidad, no — obstante en convenir en que tales condiciones solo — se dan en algunos delitos y por tanto, no pueden referirse a la esencia común a todos ellos. Esencia es —

181.- Lineamientos elementales de Derecho Penal Págs. 270 8a. Edic. Edit. Porrúa México 1974.
181 Bis.- Ob. cit. pág. 271

necesidad; es no poder faltar en un sólo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; — por lo mismo tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, solo se explica como efecto de — un prejuicio arraigado" (182)

2.— El aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad.

Logicamente la falta de estas condiciones — objetivas de punibilidad, como certeramente señala — Olga Islas, "Solo es el aspecto negativo de circunstancias que hacen posible o no en un momento dado, la aplicación de la pena. Decimos en un momento dado — señala — porque de conformidad con el pensamiento de Jiménez Asúa, si falta uno de los elementos esenciales del delito, resulta imposible en forma absoluta y definitiva, perseguir el hecho por no ser delictivo; en tanto, que si falta la condición objetiva — de punibilidad exigida, el delito existe y lo único — suspendido es la pena, la cual se actualizará en el — momento que tal condición se verifique" (183).

182.— Derecho Penal Mexicano Pág.215 3a. Edic. Edit. Porrúa México 1975.

183.— El Delito de la Revelación de Secretos Pág. 133 México 1952.

3.- En nuestro delito, tema de tesis, no se requiere ninguna condición objetiva de punibilidad y en consecuencia su aspecto negativo es inexistente.

4.- LA PUNIBILIDAD.

Igual problema que las condiciones objetivas de punibilidad reviste la punibilidad; es decir, la doctrina no define si es o no elemento esencial del delito.

Al respecto existen tres corrientes.

1.- La de quienes sostienen que es un elemento del delito.

2.- Quienes niegan que es elemento del delito y,

3.- La de quienes consideran que es una consecuencia del delito.

Nosotros nos adherimos a la última corriente.

Si, como se ha razonado en la doctrina, des de un punto de vista general y milenario asociamos la pena al delito para concluir que ésta es un elemento esencial del ilícito, se está en un error, pues consideramos que aún y cuando se argumenta que en nuestro propio derecho positivo en la definición que hace el Artículo 7 del Código Penal vigente para el Distrito Federal la norma queda integrada por el precepto y la sanción como constitutivos del delito (en este sentido Pavón Vasconcelos, citado por Castellanos Tena página 131), concluyéndose por tal motivo, que la pena es elemento esencial; disentimos de tal razonamiento y utilizamos en nuestro apoyo el juicio emitido por Ignacio Villalobos: "La pena es la reacción de la sociedad, o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria... Un acto es punible porque es delito, pero no es delito porque es punible" (184) A mayor abundamiento, Castellanos Tena dice: "Aquella —refiriéndose a la punibilidad— es calidad de la conducta, la cual, por su naturaleza típica, antijurídica y culpable amerita la imposición de la pena; ésta, en cambio,—refiriéndose a la pena—, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del

184.— Ob. cit. Pág. 212.

poder público frente al delito. Ahora bien, una acti
vidad (u omisión) humana es sancionada cuando se cali
fica como delito, pero no es delictiva, porque se le
sanciona penalmente" (185). Este autor aparte de des
truir el argumento de Pavón Vasconcelos diciendo que
no debe confundirse el delito con la norma, finaliza
y apunta: "Desde el punto de vista puramente formal y
de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmen
te una conducta es delictuosa cuando está sancionada
por las leyes penales; ya hemos dicho como la defini
ción del delito proporcionada por nuestro Código, no
escapa a la crítica y por otra parte el propio Ordena
miento establece delitos no punibles, tratándose de
las llamadas Excusas Absolutarias en las cuales la
calificación delictuosa permanece y la pena no se
aplica; por ende, la punibilidad es una consecuencia
más o menos ordinaria del delito no un elemento esen
cial del mismo" (186).

En efecto, creemos fehacientemente que la
punibilidad es el objetivo que califica la conducta
o hecho del agente sujeto; la pena, es la aplicación

185.—Ob. cit. Pág. 130 Más adelante en la pág. 269 —
precisa y señala que éstas últimas son infraccio
nes disciplinarias, administrativas o meras faltas.

186.— Castellanos Tena F. Ob. cit. pág. 131.

de una sanción a dicho sujeto por parte del Estado. — En consecuencia, la penalidad es efecto del delito — una vez que éste quede agotado, dígase, integrados los elementos esenciales del mismo: conducta típica, antijurídica y culpable.

EXCUSAS ABSOLUTARIAS.

Para Castellanos Tena las excusas absoluta— rias "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictuoso de la conducta o hecho, impide, — la aplicación de la pena" (187).

Efectivamente se da el caso de que la con— ducta o hecho típicos antijurídicos y culpables con— curran e integran el delito; sin embargo, la sanción, esto es, la pena no se aplica. El motivo por el cual no se aplica de acuerdo con el pensamiento de Jiménez de Asúa, es por razones de 'utilidad pública' (188). En consecuencia y atentos a la definición enunciada — con anterioridad, las excusas absolutarias no dejan — sin vida al delito, toda vez que no constituyen ningún aspecto negativo de alguno de sus elementos; a lo más el sujeto agente queda eximido del efecto del delito, esto es de la pena; por considerar el Estado que existen razones de justicia y equidad.

187.— Ibidem. Ob. cit. Pág. 271.

188.— Ob. cit. Pág. 433.

Nuestro Código Penal hace referencia entre otras excusas absolutarias en los Artículos 139, 333, 377, 385, etc.

5.- La punibilidad y su aspecto negativo en nuestro delito.

La pena de la Omisión de Auxilio a embarcaciones o personas en peligro o en naufragio es de dos a cuatro meses de prisión o multa de veinte a cien pesos. Esta sanción de carácter alternativo la inferimos de lo preceptuado en los Artículos 72 y 73 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

Para nuestro tiempo, creemos inoperante tal sanción, no solamente por la naturaleza del propio delito sino por las consecuencias que acarrea desde el punto de vista social, económico y político.

Somos conscientes que la ley, por ejemplo, no impone el deber de salvar la vida o bienes de una o varias personas a cualquier precio, pues es por demás evidente que nadie puede garantizar las vidas o bienes de otros; la ley sólo señala el deber de socorrer en forma limitada. Sin embargo, creemos que la

sanción debe ser más drástica partiendo del punto de que dicho deber de auxilio tiene su fundamento en un acto de solidaridad humana; y con penas tan leves, — la norma es violada con mayor facilidad; por lo que — pensamos, la sanción debe ser más drástica y en mayor grado cuando el sujeto tenga la calidad jurídica de — "capitán"; debido precisamente, a sus particulares — obligaciones y capacidad técnica en la navegación marítima.

La penalidad en nuestro delito, es pues establecida en los artículos invocados que a la letra — dicen:

Artículo 72.— Todo capitán de buque... El — incumplimiento de esta obligación se sancionará por — la autoridad judicial federal con el doble de la pena que para el delito de abandono de persona establece — el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Artículo 73.— La obligación de auxilio...La omisión se castigará en los términos del Artículo anterior.

Por su parte el Artículo 340 del Código Penal vigente para el Distrito Federal establece:

Artículo 340.º Al que encuentre abandonado.. se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal.

CAPITULO IX.

FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

- 1.- Iter criminis.
- 2.- La tentativa y la consumación en la doctrina.
- 3.- La tentativa en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 4.- La consumación en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 5.- Concurso de delitos.
- 6.- Concurso ideal o formal y concurso real o material en el delito de omisión de auxilio a personas en peligro en el mar.
- 7.- Participación:
 - a) Autoría Intelectual.
 - b) Autoría Material.
 - c) Coautoría.
 - d) Autoría Mediata y,
 - e) Complicidad.
- 8.- Encubrimiento.

1.- EL ITER CRIMINIS.

Hablar de la tentativa es estarnos ubicando en la segunda esfera del delito, es describir parte - del camino que recorre el ilícito si tenemos en cuenta que este se inicia como idea delictuosa y finaliza cuando se viola la norma penal, sea que se de un resultado material o formal.

La tradición doctrinaria ha considerado que el iter criminis o camino que recorre el delito, tiene dos fases : Una interna y otra externa.

La primera se compone de tres etapas o — períodos:

a) Una idea criminosa o sea la tentación — de delinquir.

b) Una deliberación la cual surge cuando el primer elemento (idea criminosa) es rechazada en forma total o bien que aunque en principio sea rechazada, surge nuevamente, constituyéndose en esta manera la — deliberación o sea el antagonismo entre la idea criminosa y aquellos principios morales, sociales, polítin

cos, económicos o religiosos.

c) La resolución, la cual aflorará en cuanto la idea criminosa el ánimo de delinquir ha quedado resuelto en sentido afirmativo.

Estos elementos, son pues, los que integran la llamada fase interna o psíquica, toda vez que los mismos se dan en el sujeto agente únicamente en su mente y no se exteriorizan; en consecuencia, no será objeto de sanciones penales. Por ello, bien se ha dicho que "el pensamiento libre escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal pero no podrá ser encadenado" (188). Y cabe toda la razón a dicha aseveración, pues es cierto que en tanto la idea criminal no se materialice en actividades u omisiones o en palabras no lesiona ningún bien jurídico tutelado por la ley.

La segunda etapa del inter criminis, es precisamente la llamada fase externa, la cual también se compone de tres elementos.

188.- Rossi, citado por Olga Islas M. El Delito de Revelación de Secretos. Pág. 141 México 1962.

a) La manifestación. Esta viene a ser la exteriorización de la idea criminosa, aunque se advierte que, la exteriorización de dicha idea no es — inculpa por sí sola; sin embargo, existen figuras delictivas en las que con la pura presencia de la manifestación de la idea criminosa quedan agotadas e integran el delito, tal sería el caso del artículo — 282 de nuestro Código Penal que tipifica el ilícito — de amenazas. Por otro lado como bien señala Castellanos Tena: "Nuestra Constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa a menos que ataque a la moral, los derechos de terceros, perturbe el orden público o provoque algún delito" (189).

b) La actividad preparatoria, que es aquella que se produce después de la manifestación y antes de la ejecución. En concepto de Pannain los actos preparatorios "son aquellos a través de los cuales el agente se apresta a violar el mandamiento"(190) En criterio de Sebastián Soler son "aquellas actividades que por sí mismas son suficientes para mostrar su

189.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal parte general pág. 278 8a. edic. Edit. Porrúa México 1974.

190.- Manuale di diritto penale parte general pag.403 Roma 1942.

vinculación con el propósito de ejecutar un delito de terminado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico determinado" (191).

C) Ejecución, es aquí en donde se da luz, - o bien a la tentativa o bien a la consumación del delito.

2.- LA TENTATIVA Y LA CONSUMACION EN LA DOCTRINA.

La doctrina ha reconocido que es en el Código Carolino dictado por Carlos V, el primero que contiene una definición de la tentativa, en su Artículo 178, que a la letra dice: "Así si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo, y sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en su caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de las cosas. En este Estatuto criminal señala Pavón Vasconcelos —es en donde se contiene los elementos distintivos de este estatuto penal, sigue su evolución y pasa al Codi-

191.—Derecho Penal Argentino Tomo II pág.216 Tipográfica Edit.TEA 3a. Reimpresión Buenos Aires 1956.

go Josefino de 1787 para con posterioridad continuar en el Código Prusiano de 1851 y al de Baviera de — — 1861, etc." (192).

La tentativa "son los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se realiza por causas ajenas al querer del sujeto" (193)

Ahora bien, la actividad ejecutiva del agente sujeto puede ser interrumpida voluntariamente por — el propio sujeto; empero, no habrá tentativa sino — desistimiento.

Por otro lado, se habla de dos clases de — tentativa: La Acabada y la Inacabada.

La primera, se origina cuando el agente ejecuta todos los actos propios y características del — delito, de modo que este queda materialmente ejecuta-

192.- Pavón Vasconcelos. Revista Criminalia Abril de 1959 pág. 126. México.

193.- Castellanos Tena F. Ob. cit. pág. 279.

do pero sin que el resultado responda a la intención de aquel por causas independientes a su voluntad, es decir, "Cuando el agente ha hecho todo cuanto era — necesario para su consumación sin que esta llegue a producirse" (194). La inacabada se da cuando se han realizado en forma incompleta los actos ejecutivos — tendientes a la consumación del delito y por causas — ajenas a la voluntad del agente este no llega a per— feccionarse.

Así pues, la diferencia se hace evidente — entre estas dos clases de tentativa: En la primera se realizan totalmente los actos de ejecución y en la — segunda dichos actos no se realizaron en forma comple— ta.

Por cuanto hace a la punibilidad de la tentativa, pensamos que aunque su sanción es menor, esto es en razón de que el delito no se ha consumado, no — hubo resultado jurídico o material.

Por lo que hace a la consumación, nos dice Cuello Calón: "cuando voluntariamente se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección penal, el delito está consumado" (195).

En opinión de Porte Petit "Existe consumación cuando se integran los elementos del tipo" (196)

3.- LA TENTATIVA Y LA CONSUMACION EN EL DELITO DE OMISION DE AUXILIO A EMBARCACIONES O PERSONAS EN EL MAR O EN NAUFRAGIO.

Creemos que la tentativa en nuestro delito tema de tesis, no se puede configurar en ninguna de sus formas, pues es evidente que el ilícito surge en el preciso momento en que se omite la conducta esperada y exigida por la norma penal, cuando se ha dado la condición que la ley exige para actuar, por lo que en consecuencia no hay un comienzo de inejecución o una inejecución acabada.

195.- Ob. cit. Pág. 536.

196.- Notas tomadas en clase de Derecho Penal Parte General. Facultad de Derecho U.N.A.M. segundo semestre de 1970 México.

La consumación, se dará precisamente en el momento en que no se cumpla con el deber jurídico de prestar el auxilio o dar el aviso inmediato a la autoridad.

4.- CONCURSO DE DELITOS.

El hombre con su sola conducta puede violar varias normas penales; es entonces cuando nace el llamado concurso de delitos. El concurso de delitos puede ser ideal o material.

En el primero, al decir de Castellanos Tena "se advierte una doble o múltiple infracción; es decir por medio de una acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose consecuentemente varios intereses tutelados jurídicamente —respecto al segundo grupo, más adelante señala— Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia —por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso real o material" (197).

Es por demás incuestionable que en el deli-

to de omisión de auxilio a embarcaciones o personas — en peligro o en naufragio se da el concurso material de delitos, pues puede concurrir el robo y otros más. No admitimos la primera categoría; es decir, el concurso ideal, en virtud de que como ya asentamos en — uno de los capítulos que anteceden, la ley no impone el deber de salvar la vida o bienes de personas en — peligro a cualquier precio, sólo es limitativa y ordena el deber de socorro; por tanto, cuando la omisión se verifica, solamente se castigará por la desobediencia al deber jurídico de obrar establecido en la norma penal y no se le podrá culpar al activo del delito; por ejemplo de homicidio, cuando este se produjo a — consecuencia de la omisión de auxiliar.

5.— PARTICIPACION.

Cuando varios hombres con su actividad u — omisión violan un sólo delito es cuando se da la participación. Esto, desde luego, no afecta a la clasificación que hace la doctrina en cuanto a los delitos monosubjetivos y plurisubjetivos, habida cuenta que — precisamente la diferencia de ambos estriba en la — existencia de un concurso eventual y un concurso necesario de sujetos requeridos por la norma. Es el caso que en tratándose de los delitos monosubjetivos, el — tipo penal requiere de un sólo sujeto para la comisión del ilícito y aunque eventualmente pueden cometerlo —

varios agentes, su naturaleza sigue siendo monosubjetiva; así por ejemplo el delito de homicidio que requiere de un solo sujeto; empero, puede cometerse por varios. En los delitos plurisubjetivos, en cambio, hay un concurso necesario; el tipo requiere dos o más sujetos; tal es el caso de la bigamia, la asociación delictuosa.

La participación en concepto de Castellanos Tena consiste en "la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad" (198).

Sin que lleguemos a profundizar respecto a la naturaleza de la participación, hemos de hablar brevemente al respecto. En efecto se han elaborado tres doctrinas, a saber: a) La de la causalidad; - b) La de la accesoriedad y c) la de la autonomía.

La primera, considera que los codelincuentes con su actividad u omisión coadyuvan a la realización del ilícito y en consecuencia este es resultado de esa solidaridad colectiva.

La segunda estima que el autor es quien - -

realiza la acción u omisión principal; es decir, la — descrita por el tipo penal; los participes sólo realizan actos u omisiones de naturaleza accesoria pero — que queda unida con la conducta principal por medio — de un propósito colectivo querido voluntariamente.

La última, o sea la autónoma, sostiene que un sólo delito cometido por dos o más sujetos pierde su unidad y por tanto la participación viene a ser — una pluralidad de delitos, habida cuenta de que el — comportamiento de cada partícipe es autónomo y en consecuencia dicho comportamiento debe ser sancionado — particularmente.

En nuestro Código Penal vigente el artículo 13 contiene todos los grados de participación, dicho precepto dice textualmente:

"Artículo 13.— Son responsables de los delitos:

I.— Los que intervienen en la concepción, — preparación o ejecución de ellos.

II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

III.- Los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución y,

IV.- Los que en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes una vez que estos efectúan su acción delictuosa.

A este respecto nos adherimos al certero — juicio que hace Olga Islas cuando dice: "En esta fórmula se suprimieron las denominaciones de autores, — coautores, etc., pero quedaron implícitos en su texto, dejando al juez la tarea de fijar en cada caso concreto la pena merecida en atención al grado de participación " (199).

Ahora bien los grados de participación reconocidos por la doctrina son los siguientes:

1.- Autoría intelectual.- Autor intelectual será el sujeto agente, que induce a cometer el delito o bien en el que determina a otro a cometer el ilícito.

El delito tema de nuestra tesis, admite este grado de participación, pues puede darse el caso de que el auxilio o aviso inmediato a la autoridad pueda prestarse por el capitán o cualquier persona que tenga dicha obligación y sin embargo, ninguna de las formas de auxilio se lleva a cabo a virtud de haber sido excitados o provocados por el autor intelectual a fin de que hubiese naufragio, para que con posterioridad realizaran el salvamento, obteniendo en esa forma un lucro ilícito.-

2.- Autoría material.- Autor material será el agente sujeto que físicamente ejecuta la conducta o hecho descritos en el tipo penal. Indudablemente que esta hipótesis no solamente es aplicable a nuestro ilícito en cuestión, sino a todos en general.

3.- Coautoría.- Coautor, es aquel sujeto que conjuntamente con el autor realiza la conducta o hecho descritos en la ley en forma voluntaria y consciente. Desde luego nuestro delito admite esta forma de participación.

4.- Autoría mediata.- Esta, se da cuando — el agente se vale de un ejecutor material, quien por circunstancias personales está exento de responsabilidad, bien porque se trate de un inimputable o porque se trate de un imputable pero inculpable por — error, o inculpable por no exhibibilidad de otra conducta.

Tal sería el caso en el delito de omisión — de auxilio a embarcaciones o personas en peligro o — naufragio, cuando por ejemplo el capitán o cualquier persona que tenga la obligación de prestar el auxilio hacen creer a otro que no preste dicho auxilio o no — de aviso inmediato a la autoridad porque no existe — ningún peligro siendo que en realidad el peligro en — cuestión sí existe.

5.- Complicidad.- Esta consiste en el auxilio prestado al sujeto agente en la ejecución de la — conducta o hecho, con conocimiento de la misma; esto es, el cómplice realiza una acción u omisión según el caso, de naturaleza accesoria o secundaria.

Evidentemente, nuestro delito en análisis, admite tal grado de participación.

6.- Encubrimiento.- Respecto a este grado - de participación sin que por el momento nos atravesamos a adherirnos determinantemente con quienes le consideran como tal, hemos de decir, que nuestro Código Penal vigente adopta una posición mixta y conserva como regla general a dicho grado dentro de la participación sin que deje de considerarlo como delito en los casos que prevé el Artículo 40U del mismo cuerpo de leyes. Por ello es que nos abstenemos de hacer comentarios, considerando que es un tema más de la parte general - que merece un exhaustivo estudio. Por lo pronto, pensamos que nuestro delito en estudio admite el encubrimiento como delito, sin descartar la posibilidad de - que lo admite también como forma de participación, en la inteligencia de que haya existido un acuerdo previo a la ejecución de la conducta delictiva. -

C O N C L U S I O N E S .

- 1.- Si bien es cierto que los fines propuestos en el presente trabajo se encauzaron adoptando a la -- teoría atomizadora en su especie de heptatómica; teoría que por otro lado estimamos la más idónea para el estudio del delito, es cierto también que ello fué en razón de así exigirlo nuestro ordenamiento penal positivo. No obstante, en lo particular consideramos a dicha teoría, empero, en su especie de tetratómica como la ideal y adecuada -- para los fines indicados a virtud de que acepta -- como elementos esenciales del delito a la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

- 2.- Es por demás axiomático que el delito es un fenómeno social alterador de un orden jurídico preestablecido; fenómeno que es casi concomitante con la vida misma y por ello mismo el delito pertenece al mundo fáctico; en tal razón, es obvio que las descripciones hechas por un ordenamiento penal son meramente tipos penales. He aquí el porqué -- del principio rector "Nullum crimen, nulla poena sine lege".

- 3.- Tenemos la plena convicción que la redacción de -- nuestro delito objeto del presente ensayo, es in-

completa, pues por un lado es incuestionable la omisión hecha por el legislador al no establecer en el tipo penal "Todo capitán de buque... o el que haga las veces de éste"...; y por otro lado; es evidente que el artículo 72 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos para los efectos de su sanción, remite al numeral 340 del Código Penal Federal, pero no menos cierto es que en es- tricto rigor jurídico debió asentar en su redac- ción la obligación de dar aviso inmediato a la au- toridad a defecto de no poder prestar el auxilio.

Por ello proponemos su reforma inmediata.

- 4.- El bien jurídico tutelado lo constituye la seguri- dad de auxilio a personas o embarcaciones en peli- gro o naufragio en el mar, y no la solidaridad hu- mana. Si aceptásemos a esta última como el bien jurídico protegido, ¿Quién sería el titular de — ese bien que representa la solidaridad humana,?. Indudablemente, lo sería la comunidad social y por ende el Estado; en consecuencia el propio Estado sería el sujeto pasivo inmediato de nuestro ilf- cito, cosa que no aceptamos pues bien sabido es — que el titular del bien jurídico de protección lo es un sujeto definido, concreto e individual cual es en nuestro delito aquél que se halle en un es- tado de peligro o naufragio en el mar; por tanto la solidaridad humana no puede ser individualiza- da. Además, el Estado ciertamente es sujeto pasi-

vo; empero, mediato tal y como lo es en todos o en la gran mayoría de los delitos.

Así pues, el bien jurídico tutelado consiste en - la seguridad de las personas en lo general; es de cir, la seguridad física, de la vida e integridad corporal.

- 5.- El legislador mexicano indebidamente ubica a - - nuestro delito dentro del epígrafa "Del abandono de personas", Capítulo VII, Título Décimonoveno - del Código Penal vigente para el Distrito Federal, pues sí como hemos venido sosteniendo, hoy en día se hace la clasificación de los delitos en base - a un sistema científico y éste parte del bien jurídico tutelado, luego entonces, el ilícito que - nos ocupa debe estar dentro del Título que versa sobre los delitos contra la Seguridad de las personas.
- 6.- El delito de Omisión de Auxilio a embarcaciones o personas en peligro o en naufragio en el mar, en orden a la conducta es de Omisión simple; en orden al resultado es instantáneo, de mera conducta o formal y, de Lesión o de daño.

En nuestro ilícito, dentro del aspecto negativo de la conducta operan tanto la vis absoluta como la vis compulsiva.

- 7.- Nuestro delito en orden al tipo es anormal; fundamental en cuanto al primer párrafo y especial - agravado por lo que hace a su párrafo segundo; - autónomo o independiente, alternativamente formado en cuanto a los medios; congruente, de formulación casuística en su especie de alternativos formados.

La atipicidad opera por: Ausencia del presupuesto de la conducta por falta de objeto material, - ausencia de objeto jurídico, ausencia de modalidades de la conducta, por falta de calidad en el su jeto pasivo, por falta del elemento normativo y, por ausencia del elemento subjetivo del injusto o dolo específico.

- 8.- Es incuestionable que si la antijuricidad es meramente objetiva, luego, la antijuridicidad de la - conducta omisiva se identifica con la infracción del deber de prestar el auxilio. Esto es, la antijuridicidad de nuestro ilícito descansa en esa infracción del deber de auxilio, que, sin asomo -

de duda no es otra cosa que dejar subsistente -- aquel estado de peligro en el cual se hallan la -- embarcación o personas, o bien mantener la situa-- ción de naufragio.

Como aspecto negativo de la antijuridicidad tene-- mos que en este delito operan las siguientes cau-- sas de licitud: Estado de Necesidad, Cumplimien-- to de un deber, Ejercicio de un derecho e Impedi-- miento legítimo.

9.- Imputable, pues, en el ilícito que nos ocupa lo -- será aquel sujeto que tenga la capacidad de en-- tender y de querer; y, por lo contrario, aquel -- que no satisfaga dichas calidades será inimputa-- ble.

10.- La culpabilidad en el delito de omisión de auxi-- lio a embarcaciones o personas en peligro o en -- naufragio, reviste únicamente la forma dolosa.

Como causas de inculpabilidad opera el error de -- hecho esencial e invencible y la no exigibilidad de otra conducta.

- 11.- El delito materia del presente trabajo no admite la tentativa en ninguna de sus dos formas.
- 12.- El ilícito en cuestión sólo admite el concurso - material de delitos y por otro lado admite las - formas de participación.
- 13.- Es por demás evidente que en el ilícito materia de este trabajo lo que se pune es precisamente - esa inactividad del sujeto agente, y por cuanto hace a la penalidad ésta es anacrónica e inope-
rante.

BIBLIOGRAFIA.

ANTOLISEI Francesco. Manuale di Diritto Penale. Milano 1955.

- - - - - La acción y el Resultado en el Delito. Traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández. Editorial Jurídica Mexicana. México 1959.

CARRANCA Y TRUJILLO R. Derecho Penal Mexicano. México 1955. Editorial Porrúa.

- - - - - Las Causas que excluyen la incriminación. - Derecho Mexicano y Extranjero. México 1944. Código Penal Anotado Editorial Porrúa México 1972.

CARRARA FRANCESCO. Programa. Parte General y Especial Buenos Aires 1955.

CASTELLANOS TENA F. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa México 1974.

- - - - - La Culpabilidad y su Aspecto Negativo. Revista Jurídica Veracruzana Tomo VII Número 1.

La punibilidad y su Ausencia. Revista Criminología Año XXVI Número 6 México 1960.

CERVANTES AHUMADA R. Derecho Marítimo: Editorial He—
rrero la. Edición México 1970.

— — — — Ley de Navegación y Comercio Marítimos Editó—
rial Herrero México 1964.

CODIGO PENAL Tipo para la República Mexicana 1963. Y
Exposición de Motivos. Revista Mexicana de —
Derecho Penal México 1964.

CUELLO CALON E. Derecho Penal. Tomo I Editorial Bosch
Barcelona 1955. Derecho Penal 9a. Edición Edi
tora Nacional México Tomo I; Derecho Penal —
tomo II Parte Especial Editorial Bosch Barce—
lona 1972.

DELITALA GIACOMO. II Fatto Nella Teoria Generale del
Reato. Cedan Padova.

DIAZ MIERES A. Derecho de la Navegación. Editorial —
Ciencia Económica, Buenos Aires 1954.

DICCIONARIO de la Real Academia Española, Madrid 1970.

ENCICLOPEDIA Jurídica Omaba. Editorial Bibliográfica
Argentina S. R.L. Buenos Aires Argentina
1962.

GAMECHOGOICOEHEA y Alegria F. Tratado de Derecho Ma-
rítimo, Cámara Oficial de Comercio, Indus-
tria y Navegación de Bilbao.

GOLDSCHMIDT JAMES. La Concepción Normativa de la Cul-
pabilidad. Traducción de Margarethe de —
Goldschmidt y Ricardo C. NÓñez Editorial —
Depalma, Buenos Aires 1943.

GONZALEZ LESPERO RODOLFO. A. Manual de Derecho de la
Navegación. Editorial Depalma, Buenos Ai—
res 1964.

GRAF ZU DOHNA. La Ilícitud. Traducción del Dr. Fausti
no Ballvé. Editorial Jurídica Mexicana — —
1959.

ISLAS MAGALLANES O. El Delito de Revelación de Secre-
tos. México 1962.

JIMENEZ DE ASUA L. La Ley y El Delito Editorial Suda-
mericana, Buenos Aires 1973.

JIMENEZ HUERTA M. Derecho Penal Mexicano Parte Espe-
cial Tomo II Antigua Libreria Robredo Mé-
xico 1958

- - - - - La Tipicidad Editorial Porrúa México 1955.

- - - - - La Antijuridicidad. Imprenta Universitaria
México 1962.

MAGGIORE GIUSEPPE. Derecho Penal Parte General y es-
pecial. Editorial Temis-Bogotá 1972.

MANZINI VINCENZO. Tratado de Derecho Penal. Buenos —
Aires 1948.

MEZZERA ALVAREZ R. Curso de Derecho Marítimo. Edito-
rial Talleres Gráficos "33" Montevideo 1946

MEZGER E. Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista
de Derecho Privado. Madrid 1955.

NLEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. F. Seix Editor Barcelona
1965.

NUÑEZ C. RICARDO. Derecho Penal Argentino. Parte Especial Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires 1961.

PANNAIN. Manuale di Diritto Penale. Torino 1950.

PAVON VASCONCELOS. La Tentativa. Revista Criminalia Abril 1959 México.

PORTE PETIT C. Apuntamientos de la Parte General de -
Derecho Penal Tomo I Editoria Jurídica Me-
xicana, México 1969.

- - - - - Dogmática de los Delitos contra la Vida y
la Salud Personal Editora Jurídica Mexica
na. México 1969.

- - - - - Importancia de la Dogmática Jurídico Penal
México 1954.

- - - - - Notas de Derecho Penal. Segundo Semestre -
de 1970 Universidad Nacional Autónoma de -
México. Facultad de Derecho. México.

- - - - - Programa de la Parte General de Derecho Pe
nal. Universidad Nacional Autónoma de Méxi
co 1960.

PUIG. PENA F. Derecho Penal Parte General Sa. Edi-
ción. Ediciones Nauta. Barcelona.

QUINTANO RIPOLLES A. Comentarios al Código Penal Español Barcelona 1946.

RAMIREZ BAÑOS. "El Foro" Organo de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados. Cuarta Epoca número - 45 Abril-Junio 1964 México.

RICCIO STEFFANO. Los Presupuestos del Delito, Concepto y Determinación Revista Jurídica Veracruzana Tomo XII Número 3, Jalapa, Ver. México.

RIPERT GEORGES. Compendio de Derecho Marítimo. Editorial TEA Buenos Aires 1954.

SANCHEZ TEJERINA I. Teoría de los Delitos de Omisión. Editorial Hijos de Reus. Madrid 1918.

SCIALOJA ANTONIO. Sistema del Derecho de la Navegación. Editorial EJEA 1950.

SCHULDREICH TALLEDA H. Derecho de la Navegación. Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires 1963.

SOLER SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Parte General y Especial Editorial TEA. Buenos Aires 1956.

VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa México 1975.

VON GIERKE J. Derecho Comercial y de la Navegación. - Editorial TEA Buenos Aires 1957. Tomo I.