

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE : 879309

**LA PENA DE MUERTE COMO VIOLACION AL
DERECHO NATURAL DE LA VIDA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO :

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA :

BERENICE BARRERA ROSILLO

ASESOR :

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GTO.

SEPTIEMBRE DEL 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

AGRADECIMIENTOS

A Dios:

Por que aún cuando no me acerco con la frecuencia debida siempre está en mi corazón y se que fue parte fundamental durante mi carrera y lo será en mi ejercicio profesional.

A mi Mamy:

Quien aún cuando la vida no ha sido la más fácil para ti, te has encargado con cariño, paciencia y dulzura de sacarnos adelante y no rendirte ante nada ni ante nadie y de quien su fortaleza, dedicación, optimismo y lucha seguro me servirá como ejemplo durante toda mi vida. Gracias mamy por hacerme la persona que soy ahora.

A mis Hermanas:

Como muestra del compromiso familiar que nos obliga a esforzarnos y alcanzar nuestras metas.

A mi Alma Mater:

Con quien me siento comprometida a enaltecer su honroso nombre.

A mi Asesor Lic. Rodolfo Llamas Rojas:

Por su dedicación y tiempo para la elaboración de este humilde trabajo de tesis, así como por compartir sus conocimientos y experiencias para alcanzar los objetivos planteados para el desarrollo del presente tema.

A mis Maestros:

Que con su esfuerzo continuo forman a las futuras generaciones de abogados y con ello alcanzan una de las más dignas actividades del hombre: La Enseñanza.

La presente tesis no solo es producto de arduos días de investigación, trabajo y estudio, si no que además representa el gran comienzo de mi carrera profesional, por lo que debo agradecerle el que me hayas apoyado, motivado e inspirado en todo momento con amor a encontrar mi realización en lo profesional y en lo espiritual.

Gracias Amor por que me das un presente de felicidad que me asegura una vida entera de logros; gracias por estar aquí y hacer posible compartir contigo y mi familia este primer logro juntos. V8.

Celaya, Gto., 06 de Diciembre, 2003

Autonzo a la Direccion General de Bibliotecas de la
UNAM a ditudir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: *Berenice Barrera*
Firma: *Berenice Barrera*
FECHA: *31/12/04*
FIRMA: *PA Barrera*

INTRODUCCION

Al leer la obra de Lineamientos de Derecho Penal en el capítulo referente a la Pena de Muerte, el autor establece al respecto que el Estado al ejecutar ésta, invade o viola los derechos naturales del ser humano ya que en la relación jurídica existente se tienen dos extremos o partes, la primera está integrada por el Estado como órgano encargado de crear y aplicar el Derecho Positivo, así como cuidar o tutelar los Derechos Naturales por excelencia de los gobernados; y en el otro extremo encontramos a los gobernados quienes auto limitan sus derechos naturales para formar parte de éste.

La ley positiva injusta solo tiene jurídicamente una interpretación que se basa en una antigua ley romana: Lex injusta, Lex nulla, lo que quiere decir que la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales. Ahora bien en contraposición a lo antes expuesto, encontramos que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su parte dogmática, la cual está integrada por el conjunto de garantías o prerrogativas de que goza todo mexicano no prohíbe la Pena de Muerte, si no que antes bien sienta las bases para su imposición y los casos en que ésta se pudiere aplicar pudiendo ser así lícita, ejecutable y por lo tanto aplicable la Pena de Muerte por el Estado.

Si los gobernantes deben ante todo ser fieles custodios de la justicia ¿ Que no al aplicar la Pena de Muerte atenta contra el bien público temporal que por excelencia persigue toda comunidad política ?

En la Pena de Muerte están inmersos la vida y la muerte de un delincuente, la libertad humana, la facultad legal del Estado para dirimir un conflicto que es en resumen la vida de un sentenciado pendiente de un hilo, y solo basta la decisión de una autoridad para que aquella persona continúe viviendo o que simplemente deje de existir.

Es evidente que sin duda alguna existen aún muchos partidarios de ella. Mas allá de la demostración de la inutilidad de la Pena de Muerte, está la consideración del por que sigue existiendo la privación de la vida como un medio de punición.

Es considerado por varias personas que la pena de muerte funciona como un mecanismo de disuasión par criminales potenciales, o bien, para aquellos que son reincidentes, pero no obstante, es de mencionar que varios estudios realizados demuestran una contraria inutilidad.

El fin social que se pretende con la Pena de Muerte, se podría decir que consiste en evitar que un delincuente siga cometiendo actos violatorios de la ley, así como también que se tome como ejemplo, con el objeto de disuadir a otros probables delincuentes o delincuentes en potencia de la comisión de delitos, disminuyendo así la tasa de violencia en el país.

En el marco social, se ha pretendido atribuirle a las personas en general y a la Pena de Muerte en particular un sentido intimidador, inhibitor, con el objeto de evitar que se comentan varios delitos por la misma persona, pero debemos de tomar en cuenta que ésta más de ser una medid ejemplar para evitar la comisión de otros delitos se convierte más bien en un desafío directo al derecho de la vida, por lo que so pretexto de basarse en leyes que la regulan y perseguir el bienestar colectivo, infinidad de personas han sido violadas en sus derechos al aplicárseles ésta, teniendo así como resultado la injustificada muerte de millones de personas.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO: “EL DERECHO PENAL”

1.1. Concepto.	1
1.2. Partes en que se divide el estudio penal.	3
1.2.1. Parte general.	3
1.2.2. Parte especial.	4
1.3. Fuentes del derecho penal.	5
1.3.1. La Ley como fuente única.	10

CAPITULO SEGUNDO: “TEORÍA DEL DELITO”

2.1. El delito.	12
2.1.1. Concepto sociológico de delito.	13
2.1.2. Concepto jurídico de delito.	15
2.1.3. El delito en el derecho positivo mexicano.	19
2.2. Elementos del Delito.	20
2.2.1. La Conducta.	24
2.2.1.1. Sujetos de la conducta.	26
2.2.1.2. Sujeto pasivo y el ofendido.	29
2.2.1.3. La acción “Strictu Sensu”	31
2.2.1.4. La omisión y sus elementos.	35
2.2.1.5. Relación de causalidad en la acción	38
2.2.1.6. Relación de causalidad en los delitos de omisión.	46
2.2.1.7. Ausencia de conducta.	50
2.2.2. La tipicidad.	58
2.2.2.1. Definición.	59
2.2.2.2. Clasificación de los tipos.	60
2.2.2.3. Ausencia del tipo y tipicidad.	60
2.2.3. Antijuridicidad.	65
2.2.3.1. Definición.	65
2.2.3.2. Antijuridicidad según Carlos Binding.	68
2.2.3.3. Antijuridicidad formal y material.	68
2.2.3.4. Ausencia de antijuridicidad.	70
2.2.4. La Imputabilidad.	73

2.2.4.1. Definición.	73
2.2.4.2. Contenido de la culpabilidad.	75
2.2.4.3. La responsabilidad.	76
2.2.4.4. “Acciones Liberae in Causa”.	78
2.2.5. La culpabilidad.	79
2.2.5.1. Nociones de la culpabilidad.	79
2.2.5.2. Formas de culpabilidad.	80
2.2.5.3. El dolo y sus elementos.	81
2.2.5.4. Clases de dolo.	82
2.2.5.5. Clases de culpa.	83
2.2.5.6. El caso fortuito.	85
2.2.5.7. La Inculpabilidad.	86
2.2.5.8. Las eximentes putativas.	91

CAPITULO TERCERO: “CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS”

3.1. En Función de su gravedad.	93
3.2. Según la Forma de la conducta del agente.	93
3.3. Por el resultado.	95
3.4. Por la lesión que causa.	96
3.5. Por su duración.	96
3.6. Por el elemento interno o culpabilidad.	99
3.7. Simples y complejos.	100
3.8. Unisubsistentes y plurisubsistentes.	101
3.9. Unisubjetivos y plurisubjetivos.	101
3.10. Comunes, federales, oficiales, militares y políticos.	102

CAPITULO CUARTO: “TEORÍA DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD”

4.1. La punibilidad.	104
4.1.1. La punibilidad como elemento del delito.	104
4.1.2. Ausencia de la punibilidad.	106
4.1.3. Tipos de excusas absolutorias.	106
4.2. La Pena.	108

4.2.1. Fines y caracteres de la pena.	109
4.2.2. Fundamentos de la pena.	111
4.2.2.1. Teorías absolutistas.	111
4.2.2.2. Teorías mixtas.	112
4.2.3. Fundamentos filosóficos jurídicos de las penas.	113
4.2.4. Clasificación de las penas.	114
4.2.4.1. Por su fin preponderante.	115
4.2.4.2. Por el bien jurídico que afectan.	115
4.2.5. Las medidas de seguridad.	117
4.2.5.1. Concepto.	117
4.2.5.2. Clasificación.	118

CAPÍTULO QUINTO: “LA PENA DE MUERTE Y LOS DERECHOS HUMANOS”

5.1 Fundamentos filosóficos	119
5.2. ¿Es una pena la pena de muerte?	120
5.3 La pena de muerte y los derechos humanos.	123
5.4 La pena de muerte en la legislación mexicana	125
5.4.1 El artículo 22 constitucional	125
5.5 Historia de la pena de muerte y las distintas doctrinas penales.	130

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPÍTULO PRIMERO

“EL DERECHO PENAL”

1.1. CONCEPTO.

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro.¹

Es considerado una rama del Derecho Público no únicamente por que éste rige las relaciones en donde el Estado interviene como soberano, así como que de éste emanen las normas que establezcan los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición al Estado, pues todo derecho positivo emerge del Estado y por este se impone, sino también por que al cometerse un delito la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre el delincuente y el particular ofendido.

La Sociedad es sabidamente una forma de vida natural y necesaria al hombre en la cual se requiere un ajuste de las funciones y de las actividades de cada individuo que haga posible la convivencia evitando fricciones, resolviendo conflictos y fomentando la cooperación, en consecuencia, si el

¹ Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. 3º ed. p. 15.

hombre ha de vivir en sociedad para su desarrollo, es claro que en esa sociedad organizada con tales fines, ha de tener posibilidad de hacer todo aquello que sea medio adecuado para llenar sus necesidades hallándose obligado a respetar el ejercicio de iguales facultades en los demás y aún a contribuir con ellos para la satisfacción de las exigencias colectivas, constituyéndose así el orden jurídico por el conjunto de normas que regulan y hacen posible y benéfica la vida en común.

Por otro lado, la misión del Estado es la de asegurar un orden y una constante coordinación de actividades que permitan una justa y ventajosa convivencia, no basta dictar disposiciones sino que es preciso asegurar su efectividad y su vigencia, lo que significa que es preciso que a todo conjunto de normas se le debe aunar un sistema de sanciones que obligue a los negligentes e indisciplinados a sujetarse al orden establecido, reprimiendo eficazmente todo acto antijurídico.

Es de saberse que de manera empírica e irrazonada los grupos o sociedades procedieron con tono áspero a dictar sus mandatos sin olvidar una amenaza, siempre aparejada de imponer castigos en caso de desobediencia, es por eso, que algunas personas se atreven a afirmar que en un principio todo derecho fue Derecho Penal, que la aplicación de las penas fueron en un tiempo el medio coercitivo único para dirigir la conducta del pueblo gobernado².

² Op. Cit., p. 16.

1.2. PARTES EN QUE SE DIVIDE EL ESTUDIO PENAL.

El Derecho Penal puede estudiarse de diversas vertientes según el punto de vista del autor que pretende hacerlo, sin embargo, todos han coincidido en dividirlo en dos partes: *La General y La Especial*.

Celestino Porte Petit realiza un estudio de las partes componentes de la Ciencia Penal y del Derecho Penal y afirma que forman parte de la Ciencia Penal la Introducción, la Teoría de la Ley, el Delito, del Delincuente, de las Penas y Medidas de Seguridad, en cuanto a la Parte General; y los Delitos y Penas en Particular, en relación a la Parte Especial.

Como Ordenamiento Jurídico comprende dos partes: **La General**, referente a *la Ley, al delito, a las penas en general y medidas de seguridad, y la Parte Especial, que se ocupa de *los delitos en particular y de sus respectivas penas*.³*

³ Porte. Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 4^oed. Ed. Porrúa. p. 20.

1.2.1. Parte General.

La Parte General, para su estudio se divide en **Introducción** que comprende las generalidades sobre el Derecho Penal y las Ciencias Penales, Historia del Derecho Penal y las Principales Escuelas Penales; **La Teoría de la Ley Penal** que estudia las Fuentes del Derecho Penal, su interpretación y los ámbitos de validez de la Ley Penal (material, temporal, personal y espacial); **la Teoría del Delito** que fundamentalmente comprende generalidades sobre el concepto, definición, elementos, factores negativos, la vida del delito, la participación y el concurso, en esta misma división muchos autores incluyen la Teoría del Delincuente; **La Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad** tratará la distinción entre ambas instituciones, su concepto, clasificación, la condena condicional y la libertad preparatoria.

1.2.2. Parte Especial.

La Parte Especial comprende el estudio de los Delitos en Particular y de las Penas y Medidas de Seguridad.⁴

⁴ Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 29ªed. Ed. Porrúa. p. 18.

1.3. FUENTES DEL DERECHO PENAL.

Es fuente (de fondo y de fondo: que se derrama o brota al exterior) aquello de donde procede, toma origen o mana el derecho. Desde ciertos puntos de vista la fuente puede ser Próxima o Remota, Mediata o Inmediata, Principal o Supletoria.

En determinado momento el derecho se va formando en el seno de la sociedad que lo elabora; en otro se produce al exterior, es alumbrado, encarna normas, como una corriente subterránea que brotase por su manantial. Solo en este segundo momento, que permite al derecho plasmar en formulas objetivas, podemos encontrar su fuente.⁵

Para algunos autores, la fuente única del derecho es la Voluntad que tiene en sí misma la potestad de crearlo: la Voluntad Colectiva, la del pueblo soberano, manifestada por los medios y mediante las formas constitucionales, es decir, todo en normas jurídicas. Pero diríamos que ésta es la fuente mediata de todo el derecho.

Para Fernando Castellanos las Fuentes del Derecho se distinguen en **Fuentes Reales, Fuentes Históricas y Fuentes Formales**. *Las Fuentes Reales* son el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas; esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida. Son los

⁵ Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. 13º ed. Ed. Porrúa. p. 167.

motivos de conveniencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento histórico dado y en un determinado lugar; constituyen la materia misma de la Ley Penal. Por *Fuentes Históricas* se entienden los medios materiales que nos permiten conocer el derecho vigente en el pasado y consisten en los libros, documentos, papiros, inscripciones, etc., siempre y cuando contengan el texto de una ley. Por *Fuentes Formales* se entiende el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas; son aquellos procedimientos mediante los cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria; en otras palabras son los modos por los que se nos hacen palpables las normas jurídicas, se trata de los medios para conocer el Derecho, siendo éstas La Ley, La Costumbre y La Jurisprudencia.⁶

La Ley es una norma emanada del Poder Público, general, abstracta y permanente, provista de una sanción. Es una regla obligatoria por imponerla el Poder del Estado y su observancia se asegura mediante sanciones. La Ley puede definirse como la norma obligatoria, general, abstracta y permanente, emanada del Estado según los trámites que marca la Constitución para el ejercicio de la función legislativa. promulgada por el Ejecutivo y provista de una sanción.

La Costumbre está integrada por los usos que la colectividad considera obligatorios. Las costumbres son pues, reglas sociales que se van transformando en Derecho cuando quienes las practican les reconocen obligatoriedad, pero para adquirir fuerza jurídica es menester que el Estado así lo declare, expresa o tácitamente, mediante una disposición al respecto, por

⁶ Fernando Castellanos. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 29ªed. Ed. Porrúa. p. 75.

ello quedan supeditadas a la ley misma, su fuerza obligatoria emana de la Ley, única fuente inmediata o directa del derecho.

La Jurisprudencia se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales.

La Doctrina está formada por todos los estudios jurídicos llevados a cabo por los hombres de ciencia. Solo es fuente formal del Derecho cuando así lo establece la Ley; de lo contrario únicamente sirve de guía a los jueces al interpretar las normas positivas, sin que pueda ser invocada para exigir su necesaria observancia, por carecer de fuerza obligatoria.⁷

Otra Clasificación de las Fuentes del Derecho es la hecha por *Porte Petit*, el cual clasifica las Fuentes de la siguiente manera:⁸

- A) **Reales o Substanciales:** Constituyen el material que va a dar origen o vida a las normas jurídico penales, dividiéndose éstas en racionales (perennes) e históricas (variables).
- B) **De Producción:** Es el órgano que da vida a la norma jurídica penal.
- C) **Fuentes de Cognición, de Conocimiento o Formales:** Son las formas como se manifiesta el propio derecho.

⁷ Op. Cit. p. 77.

⁸ Porte Petit Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. 4ºed. Ed. Porrúa. p. 101.

Tratándose de las **Fuentes del Derecho Penal** han coincidido en clasificarlas como **Fuentes Inmediatas, Fuentes Mediatas y Dogmas o Máximas Penales.**

En las **Fuentes Mediatas y Supletorias** ubicamos a los Principios Generales del Derecho, la Equidad, la Analogía, que es lo que permite a los jueces resolver a falta de disposición expresa con las normas que su recta conciencia de juristas señale como aplicables a todos los casos que la práctica pueda ofrecer. Por otra parte la formación jurídica de un funcionario judicial tiene como fondo la Doctrina expuesta por los tratadistas, doctrina que en mucha parte ha servido también de inspiración a la ley escrita, por lo tanto está será el más eficaz apoyo para la interpretación y para el complemento de la Ley.

Las Costumbres admitidas en cada región como justas y valederas se reconocen también, en algunos casos como supletorias de preceptos omitidos, aunque de ninguna manera como aptas para modificar por sí las leyes existentes.

Una vez que el mismo problema se ha presentado repetidamente y su estudio ha llevado al Tribunal más alto del país a idénticas conclusiones, éstas consideradas como Jurisprudencia obligan a todos los Tribunales inferiores de la misma jerarquía federal, y aún a los Tribunales locales cuando se trata de interpretar la Constitución o Leyes Federales.

Cuando hablamos de las **Fuentes Inmediatas del Derecho Penal**, diremos que lo es la **Ley Penal**, solamente se puede considerar como delito o pena lo que la ley expresamente determina como tales. Su exclusividad como fuente se deriva del artículo 14º Constitucional que establece: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales, previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.” (párrafo segundo). “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. (párrafo tercero). Vale la pena decir que *Porte Petit* incluye en esta clasificación a los **Tratados Internacionales** cuya justificación se encuentra en el artículo 133 Constitucional, el cual establece que la “Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley suprema de toda la Unión, y los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados”, es decir, los Tratados Internacionales, son Ley Penal. De igual forma considera a las **Leyes Penales Especiales** como otra Fuente inmediata del Derecho Penal, las define como la legislación que regula una materia penal de carácter especial, o bien las normas penales que formando

parte de ordenamientos de índole no penal reglamentan igualmente materias penales, particulares.⁹

1.3.1. La Ley como fuente única.

El Derecho a castigar del Estado se encuentra limitado por la Ley Penal, fuente única del derecho represivo, verdadera garantía para el delincuente, quien no puede verse sancionado por actos que la ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuosos.

Ahora bien, cuando hablamos de la Ley Penal nos referimos forzosamente a la **Norma Penal**, la cual definimos como la disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad); cuyos elementos en estricto sentido son:

- a) **El Precepto.** Denominado Precepto primario.
- b) **La Sanción.** Llamado Precepto Secundario.

El Precepto contiene la figura delictiva, y este funciona:

- 1.- En forma positiva, es decir, manda, ordena, o
- 2.- En forma negativa, conteniendo una prohibición.

⁹ Op.Cit. p. 105.

La Sanción por su parte, abarca la punibilidad.

Una vez analizado el concepto y los elementos de la Norma Penal, es importante subrayar a quien va dirigida la Norma Penal, en este aspecto, existen dos corrientes:

La primera de ellas, encabezada por Cavallo y Vanini que sostiene que la norma penal se dirige solamente a los individuos capaces de entenderla y de sufrirla, es decir, los destinatarios de la norma penal son los individuos sanos y maduros de la mente, los individuos síquicamente capaces.

La Segunda de ellas es la precedida por Maggiore, Antolisei, Cuello Calón y Porte Petit, los cuales afirman que los destinatarios del derecho penal son todos aquellos individuos sin distinción de ninguna especie, que tiene obligación de acatar, de obedecer las leyes penales.

CAPÍTULO SEGUNDO

“TEORÍA DEL DELITO”

2.1. EL DELITO

Se ha dicho que la primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena. En la mente popular, que no tiene por que preocuparse por esencias o contenidos y conecta ingenuamente dos cosas que observa generalmente relacionadas, esa es la idea primaria y eminentemente empírica que se despierta por la palabra “delito”, pero tal cosa no es una definición sino un error.

El estar sancionado por la Ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.

No conviene solo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por una ley con una pena sin ser delitos.

Y no señala elementos de lo definido (esenciales o descriptivos), puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con mas o

menos aproximación pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo.

2.1.1. Concepto sociológico de delito

Por mucho tiempo, y debido a las carencias de verdadero contenido humano y social en las anteriores nociones del delito, los Positivistas consideraron el delito como un fenómeno humano y social, se limitaron a decir que el delito es un hecho natural, fruto de factores antropológicos, físicos y sociales, pero sin ensayar una definición del mismo que lo caracterizara con independencia de toda valoración legal. Garófalo quiso remediar esta deficiencia buscando una definición del delito natural, para ello se empeña, al iniciar su Criminología, en que la palabra “delito” no es un tecnicismo ni ha sido creada por los legisladores sino que existe en el lenguaje popular (lo cual erróneamente se apuntaba como prueba de que su contenido es un hecho natural y es al naturalista al que compete desentrañar su sentido).

Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante que era esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los Sentimientos; aunque está claro, que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, se tropezó con que las variantes, en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados, al igual que cuando lo hizo con la imposibilidad de hallar hechos uniformes de donde partir, pues aún los delitos cuyo carácter se nos presentan hoy como el más

arraigado en la conciencia jurídica, se admiten como hechos perfectamente jurídicos y aún obligatorios en otros tiempos y en diversos lugares.

Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Garófalo seguía entonces el camino del darwinismo, trasladando su investigación del “delito natural” al campo del “sentido moral”, aceptó que el origen de tal sentido moral se debe a la “simpatía instintiva” que sentimos por nuestros semejantes, llegando por esa vía a los ya mencionados sentimientos de piedad y de probidad.

La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc; por tanto no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, por que en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.¹⁰

¹⁰ Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Págs. 206, 207 y 208

2.1.2. Concepto jurídico de delito

Lo que se trata de significar cuando se ofrece una definición “jurídica integral” es la despreocupación por los puntos de vista causales, criminológicos, filosóficos, etc., para concentrarse de manera exclusiva en el propio terreno jurídico; y a la vez se indica el propósito de superar descripciones parciales que solo hacen referencia al aspecto formal, o que por actitudes antitéticas, pongan el acento en el contenido material de cada elemento. Se trata de lograr una noción completa; que no solo abarca todos los elementos esenciales de manera que pueda considerarse como una verdadera definición del objeto que trata de conocerse si no que, en una fórmula simple y concisa, lleve consigo lo material y lo formal del delito, y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de esos elementos.

En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o concentrarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleva consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales como expresión formal y como criterio material sobre la culpabilidad, tomando esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos y especies.

Lejos de los tiempos en que solo se atendió al daño, aun cuando procediera de un ser irracional o de la naturaleza inanimada, hoy se reconoce que solo puede atribuirse la criminalidad a los seres humanos y, por tanto, que la base estructural de toda definición del delito tiene que ser una actuación humana, sobre las cuales recaerán las calificativas de antijuricidad y culpabilidad que le hagan punible.

Beling amplió la definición a los siguientes elementos: “Acción típica, contraria a derecho, culpable, sancionada con pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de punibilidad”. Así la tipicidad satisfacía el concepto de especialidad antijurídica y de legalidad determinante, y se incluía la consideración de posibles condiciones especiales de punibilidad.

El acto puede ser positivo o negativo; la culpabilidad presupone la imputabilidad; y por esas nuevas consideraciones se llegó a un análisis en que se habla de acción u omisión, antijuricidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y suficiencia a las condiciones objetivas de punibilidad.

Pero no era verdad que todo lo dicho formara parte esencial del delito, en esta virtud pronto se inició una revisión de lo propuesto, con miras a su depuración y condensación; hasta llegar a la fórmula de Mezger, en que se define esencial e integralmente el delito como el acto humano típicamente antijurídico y culpable.

La acción y la omisión constituyen dos formas de manifestarse o exteriorizarse la voluntad, o dos especies de un género que es la conducta o actuación del hombre en el mundo que lo rodea; por ello resulta claro que pueden comprenderse en el término genérico “acto humano”, una actuación del hombre o una conducta humana.

La antijuricidad y la tipicidad no son, ciertamente, dos elementos autónomos en el delito sino que los tipos son la descripción de los actos que, en condiciones normales, se consideran delictuosos; tienen como función señalar aquellos actos injustos que ameritan la sanción penal; en otros términos la Tipicidad es una forma de determinación de lo antijurídico relevante para el Derecho Penal; y es claro que, si *pirus est esse cuam talliter esse*, al crearse por la ley un tipo penal y con ello significar que la antijuricidad del acto descrito corresponde a la categoría delictuosa, implícitamente se afirma la existencia de esa antijuricidad.

En resumen, en los sistemas liberales que admiten el principio de legalidad en los delitos, como hace el sistema mexicano, lo antijurídico que alcanza las dimensiones del delito se califica o se determina por la ley mediante la tipicidad y por esto es correcta la unificación de ambas características en una sola, como una antijuricidad calificada o como un acto que no es solo antijurídico sino típicamente antijurídico. Y si se habla de un antijurídico típico, entonces no se debe olvidar que la antijuricidad es, una calificativa del acto que no puede vivir desprendida de éste y, por consiguiente, que ese antijurídico que se tipifica es el conjunto del acto y de la antijuricidad, supuesta en el tipo y realizada siempre que se dan las

condiciones ordinarias de la vida, si bien puede resultar que, por ser simplemente presumidas esas condiciones en que se ejecutan los actos normales y en las cuales se engendra la antijuricidad, la concurrencia de una circunstancia o de una condición anormal excluya la antijuricidad, como en el caso de la legítima defensa, y deje al tipo como simple descripción de la conducta (privar de la vida a un hombre), pues la presunción siempre implícita en los tipos se habrá desvanecido.

La definición entonces, si no es dogmática y relativa a un derecho legislado, tendría que describir el delito como el acto humano especialmente antijurídico y culpable; especialidad en lo antijurídico que, apreciada por el legislador, hallará su expresión en la ley por medio de los tipos y transformará la definición en la de “acto humano típicamente antijurídico y culpable”.

Todo esto nos da la oportunidad de advertir que, si en los regímenes liberales y que se gobiernan por la ley es un axioma que el delito (su antijuricidad) debe ser señalado legalmente, en realidad y en términos más generales solo se ha estimado que incumbe al Estado tal determinación y por esto han sido posibles los fenómenos del derecho consuetudinario, la punición de los hechos considerados delictuosos por analogía y cualquiera otro sistema en que el delito fuera calificado por los jueces o por otros órganos del Estado, pues el absolutismo y la tiranía pueden ser malos sistemas de gobierno, pero en esencia responden a los mismos principios de organización política, de autoridad, etc.

Finalmente, la imputabilidad, que no es otra cosa que la capacidad de obrar con responsabilidad, no es un “elemento” nuevo que deba mencionarse necesariamente sino solo un presupuesto de la culpabilidad, y como tal, queda incluida en este último factor.

2.1.3. El Delito en el Derecho Positivo Mexicano

El delito, es definido por el Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, a éste respecto Ignacio Villalobos establece que “Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.

No conviene solo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con mas o menos aproximación.

Decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales”¹¹

2.2. ELEMENTOS DEL DELITO

Como es bien sabido no existe una terminología unánime respecto la cuestión de como llamar las notas esenciales del delito. Se dice “elementos”, “caracteres”, o bien “elementos” y caracteres”, dándoles una connotación distinta, “requisitos”, “presupuestos de punibilidad” y “fuerzas del delito”.

Elemento, del latín *elementum*, significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo, y con respecto del cual Antolisei declara, que no obstante los argumentos en su contra “no es suficiente para justificar el abandono de un término que de tiempo inmemorial ha sido adoptado por la ciencia penal y que está profundamente arraigado en la práctica del derecho”, precisando que las cuestiones de nomenclatura no solo son de escasa importancia, si no que en general no es conveniente cambiar la terminología corriente cuando esto no sea verdaderamente indispensable, no viéndose que inconveniente exista para seguir llamando a las notas esenciales del delito con

¹¹ Op. Cit. Pág. 211.

el nombre de elementos una vez que quede claro que no se trata de casos totalmente distintos y separados.¹²

Aspecto, del latín *aspectus*, quiere decir, apariencia, o representación de los objetos a la vista, o bien, apariencia del estado de las cosas; término que indudablemente responde a la teoría unitaria del delito, debiendo entenderse por “aspecto”, el delito visto desde uno de sus lados.

Requisito, del latín *requisitus*, debe entenderse como condición necesaria para una cosa, considerándolo algunos como equivalente a “elemento”.

Fuerza, significa la parte principal de un todo, el estado más vigoroso de una cosa, virtud, energía y eficacia natural de las cosas; término empleado por Carrara para denominar los elementos del delito.

Con relación al término **Carácter**, existen dos posiciones:

1° Aquella que lo utiliza como sinónimo de “elementos” y,

2° La que le da un significado distinto al de “elemento” diciéndose, que al contrario de éste, el término carácter resulta solamente de la consideración unitaria del objeto mismo, que los caracteres son las “notas generales y positivas que cualifican los elementos, precisando las cualidades peculiares que deben tener, las

¹² Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. 29 ed. Pág. 133.

cimentan en su unidad y dan a ésta la cualidad de delito, es decir, son sus atributos.

Ya sabemos que por “elemento” en general, debemos entender la parte integrante de algo, lo necesario para que ese algo tenga existencia. Elemento del delito es todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito en general o especial.

Los elementos del delito son divididos por la doctrina en Esenciales o Constitutivos y Accidentales.

Elemento Esencial, es aquel indispensable, necesario para constituir el delito en general o en particular. Los **Elementos Accidentales** no contribuyen a la existencia del delito; su función es la de agravar o atenuar la pena; en suma, es lo que en doctrina se llaman “Circunstancias” y que originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.

Los **Elementos Esenciales** se dividen en:

- a) **Generales**: Por elementos esenciales generales debemos entender el componente indispensable para integrar el delito en general, estos se clasifican generalmente fundados en una concepción triédica:

1.- Elemento Esencial **General Material**: Todo delito necesita de un elemento material u objetivo, y este será un Conducta o un Hecho, según la descripción típica. La Conducta abarca el hacer o 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 o espaciales, o referencia a otro hecho punible de otra índole, exigidos por el tipo.

2.- Elemento Esencial **General Valorativo**: Este elemento se traduce en la antijuridicidad, o sea cuando habiendo tipicidad, no protege al sujeto una causa de licitud.

3.- Elemento Esencial **General Psíquico**: Cuando estamos frente a la culpabilidad, en cualquiera de sus formas: dolo, con sus grados directo o eventual; culpa en alguna de sus clases, con o sin representación, preterintencionalidad.

b) **Especiales:** Por Elementos Esenciales Especiales, debemos entender aquél que requiera la figura delictiva; elemento que cambia de una a otra figura de delito, imprimiéndole su sello particular. Igualmente los elementos esenciales especiales se dividen en:

- 1.- Elementos Esenciales *Especiales Materiales u Objetivos*.
- 2.- Elemento Esencial *Especial Valorativo* (Antijuridicidad especial, tipificada).
- 3.- Elemento Esencial *Especial Normativo*. (Jurídico o Cultural).
- 4.- Elemento Esencial *Especial Psíquico*. Una determinada dirección subjetiva de la voluntad y la Existencia de motivos determinantes.
- 5.- Elemento Esencial Especial Subjetivo del Injusto .

2.2.1 La Conducta.

No es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Antolisei ha dicho que “el delito es ante todo <<acción

humana>>; que el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, nunca puede constituir delito, y que sin la acción, el delito no es concebible”.¹³

Independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o un hecho, estos vienen a ser el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los restantes elementos del mismo, es decir, un hacer o no hacer, o bien, un resultado material. Así “entre los elementos fundamentales del delito emerge el comportamiento, o sea la acción positiva o negativa”.¹⁴

Con toda razón se le ha asignado a la conducta un importante y primario lugar, dentro de la teoría del delito. Battaglini afirma que la conducta constituye el nudo de la figura del delito.¹⁵ Maggiore¹⁶ y Antón Oneca,¹⁷ estiman que el concepto de acción es central. En fin, Berner considera que la conducta es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito.¹⁸

La conducta o hecho dentro de la prelación lógica, ocupan la base, el primer lugar, en los que descansan los restantes elementos del delito. La conducta o el hecho, según el caso, vienen a constituir un elemento esencial general material, de todo delito.

¹³ L'azione e l'evento nel reato, p. 11, Milano, 1928. La acción y el resultado en el delito, p. 21. Trad. de José Luis Pérez Hernández. Ed. Jurídica mexicana. México, 1959.

¹⁴ Vannini. Manuale di diritto penale, p. 75. Firenze, 1947.

¹⁵ Diritto penale, p. 95. 3ª. ed. Padova, 1949.

¹⁶ Derecho Penal, I, p. 309, 5ª. ed. Temis Bogotá, 1954.

¹⁷ Derecho Penal, I, p. 159. Madrid, 1949.

¹⁸ Trattato di diritto penale, p. 99, 2ª. ed. Italiana, Milano, 1892.

Al definir la conducta se deben abarcar las nociones de acción y omisión, consiguientemente, la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa).

Antolisei explica: “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)”.

2.2.1.1. Sujetos de la Conducta.

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad.

El sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario. Sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable.

Existe el problema de si no sólo la persona individual sino también la moral o jurídica puede ser sujeto activo del delito; problema modernamente de

la mayor importancia en vista del creciente desarrollo de las personas jurídicas, de lo que son buena muestra el sindicalismo y la prolifera actividad capitalista de las sociedades anónimas.

El clásico principio *societas delinquere non potest*, que parte de la base de la existencia ficticia de las personas colectivas (Savigny), se ve rudamente combatido por la consagración civil de una voluntad propia y distinta en tales personas, de una existencia real y no ficticia; si independientemente de la conducta particular de cada uno de sus miembros pueden incumplir sus obligaciones civiles, ¿por qué no, igualmente han de poder delinquir defraudando o calumniando, por ejemplo? Y contra el argumento de la personalidad de la pena, que resulta insostenible tratándose de entes morales y no físicos, se contradice que para las personas jurídicas son posibles penas especiales: pecuniarias, contra la reputación y hasta contra la vida, como lo es la disolución, no entendidas como expiación moral sino como defensa tales sensaciones.

La más certera crítica contra la responsabilidad penal de las personas morales puede resumirse así: la imputabilidad de dichas personas llevaría a prescindir de la persona física o individual que le dio vida, como sujeto sancionable; por otra parte, la pena que se aplicase a la corporación se reflejaría sobre todos sus miembros, sobre todos los socios, culpables o inocentes; es imposible considerar como responsable de un delito al miembro de una corporación que no ha podido impedir el acuerdo tomado o que ni siquiera lo ha conocido; que el delito de la persona jurídica no es, en suma, más que el de las individualidades que la componen y que sólo por analogía o

por una peligrosa metáfora puede hablarse de una voluntad o de una conciencia corporativa capaz de delinquir.

Si algunas penas, como la de prisión, es imposible aplicarlas a las personas morales, esto no obliga a desconocer su responsabilidad criminal, del mismo modo que ocurre cuando la pena de multa no puede ser eficazmente cumplida con un delincuente insolvente, o la de muerte con un anciano. Ferri, después de admitir la posible responsabilidad propia de la persona colectiva *per se*, concluye que por razón de éste la persona jurídica debe quedar sujeta a las normas del Derecho Penal administrativo, dejándose al Derecho Penal común el reprimir la conducta de los individuos, siempre que el delito cometido demuestre una peligrosidad criminal propia.

Debemos concluir que en nuestro código sí se considera en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas jurídicas, y al hacerlo se sanciona independientemente la responsabilidad de la persona moral y la de sus miembros, adoptándose como únicas sanciones para la primera las de suspensión y disolución, y desechándose, sin justificación bastante, a nuestro entender, las pecuniarias y las contra la reputación, quizá por entenderse que éstas repercutirán sobre los miembros inocentes de la corporación, siendo lo cierto que también las otras repercuten igualmente, en más o menos.

2.2.1.2. Sujeto Pasivo u Ofendido

Por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito (Carrara); el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito (Cuello Calón, Garraud).

- a) Es la persona individual el sujeto pasivo del mayor número de delitos. La tutela penal la protege a lo largo de su vida, en el mayor número de preceptos de las leyes penales que tipifican los delitos.

Pero también la persona individual es sujeto pasivo desde antes de su nacimiento, como en el caso del aborto, y de manera especial al comenzar su viabilidad, apenas se ha independizado del claustro materno. Cuando esa vida ha concluido, cuando el ser humano ha muerto, ¿es también posible sujeto pasivo de delito?

Los restos mortales son motivo de especial tutela penal; pero unánimemente se admite que las ofensas a los cadáveres lo son a los familiares del difunto y a las personas que sentimentalmente resienten agravio por las acciones de que se los haga objeto o bien son ofensas a la colectividad entera.

- b) Puede la persona jurídica ser, también, sujeto pasivo de la infracción, particularmente cuando ésta se desenvuelve en el campo específico del patrimonio o de la reputación.

- c) El Estado es particularmente sujeto pasivo de ciertos delitos. Se ha sostenido que la sociedad misma es el sujeto pasivo de todos los delitos; pero aunque las penas sólo se establecen para la defensa social, el interés de sus miembros y el orden público llevan a la sociedad a movilizarse, y esto lo hace por medio del Estado, en función de la personalidad jurídica que éste ostenta.

- d) También la colectividad es posible sujeto pasivo de delito.

- e) Los animales no pueden ser sujetos pasivos; las leyes que los protegen valen como condenación de la brutalidad, por vía de pedagogismo humanitario. Por ello es que sus prohibiciones sólo incluyen aquellos actos públicamente ejecutados. Por otra parte los animales representan un objeto de protección jurídica, por razón del daño material o hasta moral que resientan sus propietarios.

- f) Por último, cabe distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño, que lo es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito. Aunque los dos sujetos generalmente coinciden, no son idénticos, como se advierte en el

delito de homicidio, en el que son pasivos del daño los deudos del ofendido y pasivo del delito éste.

El objeto del delito es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico, penalmente protegidos. Los tratadistas distinguen entre objeto material y objeto jurídico.

- a) **Objeto material** es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.
- b) **Objeto jurídico** es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo: la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad, privada, etc.¹⁹

2.2.1.3 Acción “strictu sensu”

La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta.

• La acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un “tipo de prohibición”. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

¹⁹ Derecho Penal Mexicano, Raúl Carrancà Trujillo, pág. 255 a 257, México, 1980.

establecido que, “dentro del significado de conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario.

La acción consta de tres *elementos*: **a) Manifestación de voluntad, b) Resultado y c) Relación de causalidad.** Igualmente V. Liszt señala como elementos de la acción, los antes enumerados, cuando dice que la idea de acto supone, en primer término, una manifestación de voluntad; que la voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior, que debe llamarse resultado y perceptible por los sentidos, y que a los dos elementos del concepto de acto, se debe agregar otra característica, que reúna las diferentes partes en un todo: la relación del resultado con la manifestación de la voluntad.

Para Celestino Porte Petit los elementos de la acción son:

- a) La voluntad o el querer.**
- b) La actividad, y**
- c) Deber jurídico de abstenerse.**

La voluntad es la libre determinación del espíritu que provoca a inervación y a movimiento, o también a detención, un músculo.

La voluntad debe referirse a la voluntariedad inicial: querer la acción. Por tanto, se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad. Es lógico que el nexo que debe existir es entre el sujeto y la actividad, puesto que la voluntad o el querer van dirigidos al movimiento corporal.

Del análisis de la voluntad como elemento de la acción debemos sostener la inexistencia de la acción sin la concurrencia de la voluntad: No hay acción sin voluntad o querer, encontrándonos ante un aspecto negativo del elemento material del delito, que será objeto de estudio posterior.

La actividad en sí, no constituye la acción, pues le falta el elemento: voluntad. Y ésta aislada, igualmente no interesa al derecho penal, puesto que “el pensamiento no delinque”. Se necesita la existencia del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción, forma positiva de la conducta. Se ha dicho a este respecto: “Dados los momentos internos y el momento externo que son necesarios para la existencia de la acción, no pueden constituirlos los actos puramente internos del sujeto, sea porque falta el momento externo de la ejecución, sea porque el derecho penal en general regula los hechos que se verifican en el mundo externo y el derecho penal, en especie, prohibiendo aquellos que constituyen delitos, no puede referirse sino sólo a los hechos que se realizan en el mundo exterior, dado que las intenciones no son penalmente perseguibles”.

El deber jurídico de abstenerse, de no obrar; Así como con relación a los delitos de omisión hay un deber jurídico de obrar, en la acción, existe un **deber jurídico de abstenerse, de no obrar.**

La acción *lato sensu* se entiende para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto, o de una omisión. En el acto se realiza una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber hacer.

La acción *lato sensu* ha sido definida como la “manifestación de voluntad que mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior”. Es una conducta humana productora de un resultado y que reviste la forma de acto o la de omisión.

La acción *Stricto Sensu*: La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto; por ello se la ha denominado “voluntad de causación”. No incluye, por tanto, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios, ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible, y por no constituir movimiento corporal, tampoco incluye los pensamientos, las ideas e intenciones; *cogitationis delinquere non protest*. Todos estos casos son de ausencia de conducta. Por último, el resultado, efecto del acto, ha de estar sancionado por las leyes penales es decir, previsto configurativamente por ellas y amenazados con una pena.

2.2.1.4 La omisión y sus elementos

La omisión viene a ser una de las formas de la conducta. El delito de omisión presenta dos clases:

- a) Propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera), y
- b) Delito de omisión impropia o sea, el delito de comisión por omisión.

La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a “un tipo de mandamiento” o “imposición”.

La conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión (de *omissio*, no ejecución, abstención). En acción esperada, pensada y que se omite ejecutar (Mezger); es no ejecución de un movimiento corporal que debió realizarse (Sánchez Tejerían), y no incluye la inactividad forzada por un impedimento legítimo, ni todas las demás inactividades no tipificadas como delito por la ley, en particular. En cuanto al resultado, es indirecto efecto de la omisión en algunas clases de ésta, pero en otras (simple omisión) sólo se traduce en una simple desobediencia a la ley, sin resultado concreto, pero con peligro de que se produzca.

Algunos autores consideran en la omisión, el mismo número de elementos que en la acción.

Cuello Calón expresa que ocurren, pues en la omisión tres elementos: un acto de voluntad, una conducta inactiva, deber jurídico de obrar. Jiménez de Asúa señala tres elementos: manifestación de voluntad, resultado y relación causal entre ambos.

Los elementos de la omisión son:

- a) Voluntad o no voluntad.
- b) Inactividad o no hacer.
- c) Deber jurídico de obrar, y
- d) Resultado típico.

a) La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, en querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa). En consecuencia, en la omisión, existe al igual que en la acción, en su caso, un elemento psicológico: querer la inactividad.

b) La Inactividad o no hacer: La omisión estriba como hemos afirmado en una abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse. Por tal motivo, expresa Quintano A. Ripollés que son las omisiones a modo de acciones negativas.

c) El deber jurídico de Obrar: Se dice que no debe ser incluido el deber jurídico de obrar, como elemento constitutivo de la omisión. Como dice Maggiore, que al introducir el elemento normativo en toda forma de omisión, se acaba de confundir el problema de la omisión, no sólo con el de la antijuridicidad, sino también con el de la culpabilidad.

“La antijuridicidad en los delitos de pura omisión no ofrece variantes con respecto a los delitos de comisión, y como en la omisión se impone bajo pena el cumplimiento de una determinada actividad, ella es siempre antijurídica, salvo el caso excepcional de que medie un fundamento de justificación”.²⁰

Según Graf Zu Donna. La esencia de la omisión se basa en un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción exigida. Ese no hacer, que debía llevarse a cabo, indica que existe una “acción esperada”, pero dicha acción, jurídicamente hablando, debe tener una condición indispensable: que sea exigible: si el sujeto en cuestión, no tenía deber jurídico de obrar, no existe omisión ni delito alguno. Sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo.

El deber jurídico de obrar, consistente en una acción esperada y exigida en los delitos de 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. No interesa a diferencia de lo que acaece en los delitos de comisión por omisión, un deber jurídico impuesto en un ordenamiento no penal, ya que la omisión entonces no sería

²⁰ La estructura de la teoría del delito, p. 56, buenos Aires, 1958.

típica, puesto que lo que constituye delito es la simple omisión, típica, sin resultado material.

2.2.1.5 Relación de causalidad en la acción.

En cuanto a la relación de causalidad, que hace de la acción (acto u omisión) la causa de la que es efecto el resultado, es éste un problema filosófico abundantemente debatido. Desde el punto de vista de la intencionalidad y de la imprudencia hay causalidad subjetiva o moral.

Nexo Causal entre la Conducta y el Resultado: La conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior: físico, anatómico, fisiológico o psíquico, o sea material, y entre conducta y resultado material se requiere una relación causal, para que aquél le sea atribuible al sujeto.

La relación causal consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material), que viene a ser igualmente un elemento del hecho.

Existe nexo causal cuando suprimiendo la conducta, no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad.

Es indudable que el nexo causal como elemento del hecho, existe entre la conducta y un resultado material; por tanto, se trata de un nexo naturalístico, que se da solamente en los delitos de resultado material.

DOCTRINAS SOBRE LA CAUSALIDAD:

Podríamos reducir a dos las doctrinas sobre la causalidad:

- a) **GENERALIZADORA** : Aquella que considera a todas las condiciones como causa del resultado.
- b) **INDIVIDUALIZADORA** : Aquella que entresaca de todas las condiciones, una como productora del resultado, en consideración de una nota temporal cuantitativa o cualitativa.

TEORIA GENERALIZADORA: Teoría Condicional(Teoría de la Equivalencia de las condiciones).

El defensor más connotado de la **Teoría de la Equivalencia de las Condiciones** fue V. Buri; teoría que arranca de Stuart Mill.

Al explicar esta teoría hay dos criterios:

- a) Que toda condición es causa del resultado.
- b) Que el conjunto de todas las condiciones son causa del resultado.

Nuestros tribunales han establecido: “ la teoría de la *conditio sine qua non*, equipara todas las causas y condiciones que concurren en la producción de un resultado, ya que todas cooperan a su producción, sin que esto implique que al hacerse la valorización jurídica de tales condiciones, a efecto de determinar la responsabilidad jurídico penal de cada uno de los cooperantes en el delito, no pueden valorarse desde el punto de vista jurídico y de la reprochabilidad que implica la culpabilidad, en forma diversa dichas condiciones, imponiendo penas distintas a aquellas que hubieren puesto en movimiento condiciones o causas que descubriesen en ellos una mayor culpabilidad, sin perjuicio de salvar siempre desde el punto de vista de la causalidad, la equivalencia causal de todas las condiciones en orden a la producción del resultado”²¹

Como autor del delito lo mismo que como participante, solo puede ser punible el que ha puesto con su acción una condición del resultado; la concausación del resultado es el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal.

Existe causalidad cuando las condiciones son equivalentes, relevantes y culpables, una condición es equivalente cuando suprimida, no se produciría el resultado; pero la condición debe ser relevante, ello es, debe ser tal, que la capte la ley en cualquiera de las descripciones que hace de las conductas humanas que erige en delitos, y debe además ser culpable el sujeto que pone la condición, pues de lo contrario se estaría desconociendo el nexo causal psicológico.

²¹ Anales de Jurisprudencia. LIV. p 15.

TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS (Criterio temporal).

A.- De la próxima, inmediata, última condición.- La teoría de la última condición es formulada por Ortmann. Su fundamento lo constituye un criterio temporal.

En realidad, de acuerdo con el criterio temporal, debemos estimar como causa del resultado producido, la última conducta realizada. No podemos aceptar la teoría próxima, inmediata o última condición, la cual como considera Antolisei, es infundada, sobre todo, porque está fuera de duda que el derecho en muchísimos casos atribuye el resultado a quine ha puesto en movimiento un antecedente que no presenta aquel carácter.²²

B.- Teoría de la Condición más eficaz.

Es defendida por Birkmeyer, fundándose en un criterio de cantidad y distinguiendo la causa, la condición y la ocasión. De acuerdo con esta teoría, debe considerarse causa más eficaz, aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más. Caballo expresa que según la teoría de la condición más eficaz, en el conflicto de las fuerzas antagónicas tiene valor causal del resultado, aquella que despliega una eficacia prevalente, porque aporta una energía etiológica mayor que las otras en su producción.

²² Manuale di diritto penale, p. 135, 3ª ed. Milano 1955.

C.- Teoría de la prevalencia, preponderancia, del equilibrio o de la causa decisiva.

Esta teoría es sostenida por Binding y su fundamento se apoya en un criterio de cantidad, pues como advierte Caballo, Binding coloca la premisa de que el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas, cuya mutación es originada por una prevalencia de aquellas que tienden a modificar tal equilibrio frente a aquellas que tienden a conservarlo.

Esta teoría ha sido bastante criticada. Las principales objeciones son:

Si la acción humana, para ser causal debería realizar la última de las condiciones que, con su intervención, modifica la situación de equilibrio, caería el sistema en todo y por todo, en el principio de la causa próxima.

Si un resultado no se verifica, no es porque las condiciones positivas estén en equilibrio con las negativas, sino únicamente porque no está completa la serie de los antecedentes necesarios, es decir, porque no están presentes todos los factores indispensables.

D.- Teoría de la Causa Eficiente.

Esta teoría se funda en un criterio cualitativo, distinguiendo la causa de la condición y de la ocasión, ya que la causa como lo indica el nombre de la propia teoría, tiene eficiencia de ocasionar el resultado.

Las objeciones que se hacen a esta teoría son, entre otras, las siguientes:

- a) La dificultad de encontrar la base para establecer el concepto de causa eficiente.
- b) La circunstancia de que al igual que la causa, la condición y ocasión son necesarias para la producción del resultado.

E.- Teoría de la Adecuación o causa adecuada.

La teoría de la adecuación, fue formulada por V. Bar considerándola como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque no acuerda que cualquier condición sea causa del resultado, sino que únicamente toma una de ellas, escoge la que considera productora del resultado, fundándose en un criterio cualitativo. Por tanto, es una teoría individualizadora.

La conducta que debe considerarse causa dentro de la teoría de la adecuación, es aquella que es apropiada para producir normalmente el resultado; teoría que limita a la equivalencia de las condiciones.

El mérito principal de esta teoría es el que limita la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*.

No obstante que la teoría de la adecuación cuenta con numerosos partidarios, los opositores le han hecho objeciones, algunas de las cuales debemos reconocer son de bastante solidez:

- a) Que puede ofrecer la imputado una cómoda escapatoria para eludir a las mallas de la justicia.
- b) Que presenta el defecto opuesto al de la doctrina de la condición: extiende exageradamente el campo de la irresponsabilidad penal, llevando a excesivas absoluciones.
- c) Que confunde el problema de la causalidad material con el de la culpabilidad.
- d) Cae sin remedio, en contradicciones ineludibles, cuando quiere determinar objetivamente la previsibilidad.
- e) Que introduce elementos extraños, como la antijuridicidad y la imputabilidad.

F.- Teoría de la causa humana exclusiva.

La teoría de la causa humana exclusiva pertenece a Antolisei, la cual, considera Maggiore y con razón, debe colocarse, aunque con diferencias notables, dentro del marco de la causalidad adecuada.

Las objeciones a esta teoría son:

- a) Que Antolisei formula, con aparato de originalidad, una teoría que en realidad no es sino conexión, o si se quiere, interpretación restrictiva, de la causalidad adecuada.
- b) Que dispersa los límites distintivos entre la causalidad y la culpabilidad, y
- c) Que falta un criterio preciso para establecer, a excepcionalidad de los factores que excluyen la relación causal.

G.- Teoría de la causa típica, o Teoría de la tipicidad Condicionada.

Otra teoría individualizadora con criterio cualitativo es la de la causa típica de Ranieri.

2.2.1.6 Relación de causalidad en los delitos de omisión.

La acción es el género; sus especies lo son el acto y la omisión. Por ende la omisión implica una acción, aunque negativa.

Cuando en el delito por omisión el agente actúa de manera directa y eficaz omitiendo algo, se da la omisión impropia o comisión por omisión y la doctrina concuerda en presentar el ejemplo de la madre desnaturalizada que se abstiene de alimentar a su hijo que es incapaz de llevarse el alimento a la boca, por lo que muere. Aquí hay un movimiento corporal que se resuelve en causar, dolosa o culposamente, un resultado.

El cambio en el mundo exterior es efecto de un comportamiento voluntario. Y cabría añadir que el comportamiento voluntario, traducido en la omisión del movimiento corporal consistente en llevar el alimento a la boca del hijo, produce un cambio en el mundo exterior.

También hay delitos de propia omisión y en ellos el agente interviene, digamos, produciendo un resultado mediato. Llámense de simple u omisión propia, y queda citar por vía de ejemplo, el omitir la denuncia de un delito. Aquí hay la omisión de un movimiento corporal con lo que se causa un resultado de peligro: la inseguridad del orden jurídico.

Queda, por último, la culpa u omisión espiritual. Su resultado es el daño típico penal que causa.

No puede haber delito sin relación causal; todo resultado es efecto de una causa, como todo efecto físico y moral tiene su causa equivalente. Efecto sin causa es inconcebible.

En todos los casos de omisión el omitente es la causa de un efecto no querido por la ley: la ley no quiere que el omitente deje de hacer algo, porque de ese dejar de hacer resultará lo que no se quiere que ocurra. El omitente hace lo que la ley prohíbe que se haga; causa el resultado a virtud de su omitir.

En este delicado problema de la causalidad en la omisión puede reconocerse varias teorías:

- A) Teoría del aliud actum.
- B) Teoría de la acción precedente.
- C) Teoría de la interferencia, y
- D) Teoría de la omisión misma.

A).- En esta Teoría se sostiene que la causa debe encontrarse en la acción que lleva a cabo el omitente, en vez de realizar la acción esperada y exigida, o como expresa Maggiore, “la causalidad del resultado consistirá precisamente en la acción positiva paralela a la omisión”.

Esta teoría es inaceptable; no puede encontrarse el nexo causal, en la acción contemporánea o diversa, sino en la omisión al no realizar la acción esperada y exigida.

B).- La teoría de la acción precedente, consiste en que, el realizar el sujeto una conducta (acción) se coloca en la obligación de realizar una acción esperada y exigida, para evitar el resultado.

En estas condiciones, se quiere ver entre el resultado producido y la acción precedente, un nexo causal.

A esta teoría se le objeta:

- a) Que no siempre existe una acción precedente, y
- b) Que nos lleva a aceptar una culpabilidad subsequens, la que no es admisible, porque como bien apunta Mezger, “el Derecho Penal exige la coincidencia temporal de causación y culpabilidad”.

C).- Teoría de interferencia.- Se ha elaborado la teoría de la interferencia.

Por interferencia debe entenderse “Cuando el omitente ha dominado el impulso que le compelia a actuar, produciéndose, por tanto, como contracorriente, un fenómeno de interferencia entre la fuerza que impulsa a obrar y el despliegue de la misma”.

Esta teoría consiste en dominar por el sujeto el impulso que le compele a actuar.

De acuerdo con esta teoría, el nexo causal existe entre dos polos: la energía desplegada para dominar el impulso del sujeto y el resultado producido.

Se fundamenta indudablemente en la actividad psíquica del agente del delito, que se origina a virtud de contener, reprimir el impulso a realizar la acción esperada y exigida, es decir a obrar.

Se hacen principalmente tres objeciones a la teoría de la interferencia:

- a) Que no es siempre verdadero que en la omisión exista la represión del estímulo que impulsa a obrar al sujeto.
- b) Que en los delitos culposos la ausencia de tal estímulo se evidencia en forma absoluta, y
- c) Que la base de la interferencia implica colocarse en el campo de la culpabilidad.

D).- Teoría de la Concepción Normativa.

Nosotros aceptamos la teoría que sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto está obligado a realizar una conducta (acción), o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido.

2.2.1.7 Ausencia de conducta.

El primer aspecto positivo del delito como ya lo hemos visto es la conducta o hecho, de tal virtud, es menester hacer referencia a su **aspecto negativo: falta o ausencia de conducta.**

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias.

Respecto a los casos de ausencia de conducta, las opiniones de los autores se dividen en dos grupos:

- a) Los que señalan hipótesis en las cuales es innegable la ausencia de conducta, y
- b) Aquellos que además incluyen casos que para otros son hipótesis de inimputabilidad.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resultado: “De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella.

En primer término, es necesario dar el concepto de fuerza física irresistible, debiéndose entender por ella, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible. Con relación a la vis absoluta existen varios pareceres:

- a) Hay quienes sostienen que la fuerza física irresistible constituye una causa de inimputabilidad.
- b) Otros consideran que se trata de una cusa de inculpabilidad.
- c) Un gran número de autores estiman que en la vis absoluta estamos frente a una ausencia de conducta.

La fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntaria, un movimiento corporal que realiza el sujeto, o una inactividad voluntaria.

En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad.

Elementos que se desprenden de la Vis Absoluta:

- 1.- Una fuerza,
- 2.- Física,
- 3.- Humana, e
- 4.- Irresistible.

DIFERENCIAS ENTRE LA VIS ABSOLUTA Y LA VIS COMPULSIVA.

Por lo que respecta a las diferencias, en la vis absoluta existe una fuerza física y en la vis compulsiva, moral. En la primera, esa fuerza física es irresistible y en la vis compulsiva, no lo es, porque el sujeto pasivo puede elegir entre la realización o no de la conducta, es decir, es resistible. La vis absoluta constituye un aspecto negativo de la conducta, en tanto que, la vis moral, puede ser una causa de inculpabilidad por inexigibilidad, o bien, una causa de inimputabilidad, según los casos.

FUERZA MAYOR.

La vis maior es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana.

En consecuencia, sus elementos son:

- a) Una fuerza.
- b) Sobrehumana
- c) Física.
- d) Irresistible.

Si comparamos la vis absoluta y la vis maior, se observa que en ambas hay ausencia de voluntad, y por ende, la fuerza mayor igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta.

En la vis absoluta y maior hay:

- a) Una fuerza
- b) Física
- c) Exterior
- d) Irresistible
- e) Una ausencia de conducta.

En las diferencias, encontramos únicamente, que en la fuerza mayor la fuerza física e irresistible, proviene o de la naturaleza o de los animales, a diferencia de la vis absoluta en que la fuerza física proviene del hombre.

MOVIMIENTOS REFLEJOS

Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir, no hay una forma de ésta: acción, porque falta la voluntad. sin embargo, puede suceder que, a pesar de hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría, o bien, que no lo previo, debiendo haberlo previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación.

MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS.

Puede producirse un resultado a causa de un movimiento fisiológico, originándose un aspecto negativo de la conducta por ausencia de la voluntad. Antolisei ha dicho: “Junto a los actos no espontáneos, en cuanto motivados por violencia física externa, debemos colocar a la categoría de los actos psicológicamente insignificantes, a la cual hemos hecho alusión con anterioridad: movimientos fisiológicos de orden inferior, movimientos

verificados en los músculos en los que no puede manifestarse el esfuerzo consciente, etc. Estos actos que ciertamente no pueden calificarse como <<acciones>>, casi nunca serán considerados en la práctica del derecho, porque normalmente no producen consecuencias externas de alguna importancia”.²³

SUEÑO

Si el sueño constituye un aspecto negativo que la conducta o de la imputabilidad.

Existen dos posiciones en relación con los durmientes:

- a) Quienes estiman que se trata de una causa de inimputabilidad.
- b) Los que sostienen que constituyen una ausencia de conducta.

El que está dormido no tiene dominio sobre su voluntad, debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma.

²³ La acción y el resultado en el delito, p. 98. Traducción de José Luis Pérez Hernández. Ed. Jurídica Mexicana. México, 1959.

Es responsable el durmiente cuando busca el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo, para realizar una conducta o hechos tipificados por la ley penal, ya que estamos frente a la actio liberae in causa.

El durmiente puede ser responsable de un delito culposo, cuando no previó lo que era previsible o previendo el resultado tuyo la esperanza de que no se realizaría, pudiéndose presentar los dos grados de la culpa: con o sin representación.

Es responsable el durmiente cuando se le impone el estado de vigilia como obligación.

SONAMBULISMO

El sonámbulo cuando en ese estado realiza una conducta o hecho tipificados en el Código Penal.

Algunos autores estiman que existe una ausencia de conducta, y otros, una causa de inimputabilidad.

El sonámbulo se aprovecha de ese estado para realizar una conducta o hecho tipificados por la ley penal.

En este caso se trata de una delito doloso.

En el caso de que el sonámbulo prevea el resultado o haya podido preverlo, estamos frente a un delito culposo, es decir, ante una culpa con o sin representación.

HIPNOTISMO

Con relación al hipnotizado, pueden presentarse los casos siguientes:

1° Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento con fines delictuosos.

En este caso el sujeto no es responsable.

2° Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.

En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la *actio liberae in causa*, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3° Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella, según el caso.

2.2.2 LA TIPICIDAD

La tendencia de los pueblos a gobernarse por la ley, como la mejor forma de asegurar la igualdad, la libertad y la justicia, continuó una elaboración que puede percibirse, en el campo penal, por legislaciones tan conocidas como la Carta Magna de San Juan Sin Tierra; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que redactó con mas precisión el anhelo de seguridad, diciendo en su artículo 8: “ *nul ne Pert etre puni qu’un vertu d’une loi établi et promulguèe anterieurement au delit*”, principio que ha sido adoptado, entre otras muchas, por nuestra Constitución Mexicana en su artículo 14; y finalmente se difundió la formula concisa, general y exacta que Feuerbach dio al principio, tal como hoy se conoce: “ *nullum crimen, nulla poena sine lege* ”. Tal pensamiento ha sido ratificado en congresos y conferencias internacionales, y en la mayoría de los países civilizados se reconoce hoy la necesidad de que se hallen consignados en la ley aquellos actos que el Estado considera delictuosos, para que pueda ser sancionada su comisión en el territorio respectivo.

2.2.2.1 Definición

El “tipo” es siempre modelo en que se incluyen todos los individuos de una especie, ya que se halla formado por las características o rasgos esenciales a todos ellos; por tanto el tipo penal (homicidio, robo, etc.) es la descripción esencial, objetiva, de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias, la ley considera delictuoso.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice, que “el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena”.²⁴ En otra ejecutoria se establece, que “bien sabido es el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo penal no llega a configurarse”.²⁵

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal,

²⁴ Semanario judicial de la Federación, CXIX, p. 2887, Cfr.: Semanario Judicial de la federación, XVI, p. 257, Sexta época. Segunda Parte.

²⁵ Semanario judicial de la Federación, CXIX, p. 2884, Semanario Judicial de la federación, XVI, p. 257, Sexta época. Segunda Parte.

en su artículo 14, establece en forma expresa: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete “el que priva de la vida a otro”.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

2.2.2.2 Clasificación de los tipos.

1ª. Por su composición.

a) *Normales y anormales.* La Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos.

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

2ª. Por su Ordenación Metodológica.

b) *Fundamentales o básicos*. Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. Para el aludido juspenalista, dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio. Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.

c) *Especiales*. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (infanticidio).

d) *Complementados*. Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación

alevosía, etc.). Se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados pueden ser *agravados* o *privilegiados*.

3ª. En función de su autonomía o Independencia.

e) *Autónomos o independientes*. Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple).

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

4ª. Por su formulación.

g) *De formulación casuística*. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en:

Alternativamente formados y *acumulativamente* formados. En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; así, para la tipificación del adulterio precisa, su realización en el domicilio conyugal o con escándalo. En los acumulativamente formados

se requiere el concurso de todas las hipótesis, como en el delito de vagancia y malvivencia en donde el tipo exige dos circunstancias: no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada y, además, tener malos antecedentes.

h) *De formulación amplia.* Se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo. Algunos autores llaman a estos tipos “de formulación libre” por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la Ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida, en el homicidio.

5ª. Por el daño que causan.

i) *De daño y de peligro.* Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de *daño* (homicidio, fraude); de *peligro* cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego, omisión de auxilio).

2.2.2.3. Ausencia del Tipo y Tipicidad.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La ***atipicidad*** es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con persona *mayor* de dieciocho años, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que el ofendido sea *menor* de dieciocho años.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo;
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico;
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo;
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley;
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y,
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho “en despoblado”; “con violencia”, como en el tipo del delito de asalto.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: “intencionalmente”, “a sabiendas”, “con el propósito”, etc. Su ausencia hará operar una atipicidad.

Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuridicidad, como sucede, por ejemplo, en el artículo 177 del Código Penal (allanamiento de morada) al señalar en la descripción, que el comportamiento se efectúe “sin motivo justificado”. Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y la causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tórnanse atipicidades en estos casos.

2.2.3 ANTIJURIDICIDAD

2.2.3.1 Definición

Cabe clasificar las leyes en dos grandes órdenes: las físicas y las culturales. Las primeras expresan condiciones del ser, su cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraerse a ellas. Las culturales

expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; son reglas de conducta denominadas “normas”, para diferenciarlas de las leyes físicas.

Entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se la denomina también “ilicitud”, palabra que también comprende el ámbito de la ética; “ilegalidad”, palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español, constituye un arcaísmo; e “injusto”, preferida por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico. Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado; lo que ya fue señalado por Carrara.

Cuando decimos oposición a las normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a las normas de cultura, o sea aquellas órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. (M. E. Mayer). Las normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el Derecho como expresión de una cultura. En el articulado del Código Penal encontramos preceptos y sanciones; no órdenes ni prohibiciones. En el fondo, o debajo, o por encima del precepto, está la norma de cultura de que el precepto se nutre y con el que se vivifica.

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación y oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito. “La ley – expone Jiménez de Asúa- nace de una serie de hechos y por ello tiene una

base fáctica. Supone un estado de cultura que la norma dirige y encauza, siendo ésta su base axiológica”.

Por ser la antijuridicidad oposición a las normas de cultura, no puede ser más que una. Pero toda vez que las reglas de conducta están recogidas en el Derecho, con sus varias especialidades, puede hablarse de una antijuridicidad en la especie penal, lo mismo que en otras. En atención a ello Welzel entiende que la “antijuridicidad” es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para todo el orden jurídico; mientras que la acción misma valorada como contraria al Derecho, constituye el “injusto”.

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

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la *violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo*. Como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal “rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico”.

2.2.3.2 Antijuridicidad según Carlos Binding.

Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe.

2.2.3.3 Antijuridicidad formal y material

El orden jurídico, necesario para la constitución y mantenimiento de la Sociedad como tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común; estas normas, derivadas de la naturaleza de las cosas, de la naturaleza humana que necesita de la convivencia y por tanto del respeto mutuo entre los individuos, de la limitación recíproca en las actividades y en los movimientos, para no entorpecer, estorbar o perjudicar las actividades y los movimientos de los demás, forman un acervo equitativo de obligaciones y derechos a que todos nos hallamos ligados y de que todos podemos disfrutar. La violación de esas obligaciones o el ataque a esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene el carácter de *antijuridicidad material*, porque viola intereses vitales de la organización

social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o un *bien jurídico* (como la propiedad o la libertad), y por eso se dice que en una Sociedad organizada jurídicamente o en un Estado, el antijurídico material o **el contenido material de la antijuricidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales.**

Se puede afirmar que en todo precepto legal va implícita una norma y aun el lenguaje usual, tomando el continente por el contenido y viceversa hace sinónimos los términos de ley y norma jurídicas; así, la infracción de las leyes significa una **antijuricidad formal**, por la violación del precepto positivo derivado de los órganos del Estado; y una **antijuricidad material** por el quebrantamiento de las normas que la ley interpreta, o de los intereses sociales que una y otra (norma y ley) reconocen y amparan.

Más clara se ve la distinción entre una y otra clases de antijuricidad, cuando sucede una separación entre ellas por error de los legisladores, dejando sin protección una norma o un derecho natural (como el de la libertad y la dignidad humanas) y dictando, en cambio, una ley que carezca de fundamento sociológico y aun pueda crear y mantener, formalmente, una institución obligatoria ante la fuerza del Estado, pero carente de todo sentido de justicia, de equidad y de verdadera orientación hacia el bien público.

2.2.3.4 Ausencia de Antijuridicidad (Causas de Justificación).

Las causas de justificación, constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. Son, expresa Antón Oneca, manifestación negativa son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado.

Este aspecto negativo del delito lo denominan algunos autores de diferente manera, utilizándose generalmente la expresión “causas de justificación”.

Existe una corriente que rechaza tal expresión por considerarla impropia. Así Gómez, piensa que se les llama de ordinario causas de justificación, lo que no es ciertamente una definición adecuada, porque si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito.

En realidad, si la conducta realizada por un sujeto, es lícita, indudablemente no debe hablarse de que esté justificada, porque desde su nacimiento está facultada, permitida, conforme a derecho. La verificación de una causa de justificación, nos dice Antolisei, no hace decaer la antijuridicidad antedicha, sino que impide su originación.

Otros autores no utilizan las expresiones “causas de licitud” o “causas de justificación” sino “causas objetivas de exclusión del delito”.

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 un interés preponderante. Es aquella especial situación –expresa Antolisei- en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 33 enumera las que denomina “Causas de Exclusión del delito”. Como causas de justificación, contamos con *la legítima defensa, el estado de necesidad* (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado), *el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho consignados en la ley y el impedimento legítimo.*²⁶

El *estado de necesidad* cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado, son causas de inculpabilidad. Y la fracción IX (conflicto de deberes), diremos que constituye igualmente una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Almaraz incluye como causas de justificación:²⁷

- a) La legítima defensa;
- b) El deber o derecho legales;
- c) La obediencia jerárquica;

²⁶ La Reforma Penal Mexicana, Proyecto de 1949, p. 145. Ed. Ruta. México, 1951.

²⁷ Tratado teórico y práctico de Ciencia Penal, II, p. 435. México.

- d) El estado de necesidad;
- e) El impedimento legítimo;
- f) El conflicto de deberes.

Franco Sodi, enumera:²⁸

- a) Cumplimiento de la ley.
- b) Obediencia jerárquica.
- c) Legítima defensa.
- d) Estado de necesidad.
- e) Ignorancia de circunstancias del ofendido.
- f) Caso fortuito.
- g) Impedimento legítimo.

Carrancá y Trujillo, incluye:²⁹

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad, tratándose de bienes de diferente jerarquía.
- c) Deber o derechos legales.
- d) Impedimento legítimo.

²⁸ Nociones de Derecho Penal, pp. 82-95, 2ª. Ed. Mexico, 1950.

²⁹ Derecho Penal Mexicano, II, p.36, 4ª ed. México, 1956.

CAUSAS COMUNES DE LICITUD

Causas “comunes de justificación”, son aquellas que pueden hacer valer cualquier persona. Es decir, como expresa Maggiore, son las que sirven para todos.

CAUSAS SINGULARES O PERSONALES DE LICITUD

Son aquellas que solamente pueden hacer valer determinadas personas. Sirven, expresa Maggiore, para determinadas clases de personas, en ciertas relaciones de dependencia (orden jerárquico).

2.2.4 IMPUTABILIDAD

2.2.4.1 Definición

Existe la primordial de precisar los caracteres de esa causa psicológica o moral del acto, por ser ellos los que hacen al sujeto capaz de obrar culpablemente o le dan plena imputabilidad jurídica de sus actos.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea *imputable*; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de *entender* y de *querer*, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. Podemos definir la imputabilidad como la *capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal*.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

2.2.4.2 Contenido de la culpabilidad

La imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la *capacidad del sujeto*; capacidad para dirigir sus actos dentro el orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad. Es un *presupuesto* de esta última y por lo mismo difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados.

Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla; y aun cuando gramaticalmente pueda decirse que un acto es imputable al sujeto, la imputabilidad o el conjunto de caracteres activos que hace que tal acto se atribuya al sujeto como a su causa, no radica en el acto mismo sino en su autor, por lo cual su estudio necesariamente se vuelve hacia el agente como a su centro de gravedad, y se acaba, con acierto, por reconocer la imputabilidad como una *calidad del sujeto*.

La imputabilidad no se refiere a calidades del acto sino del sujeto.

Algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

2.2.4.3 La Responsabilidad.

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

Debe notarse la diferencia que hay entre la *obligación personal de sufrir las consecuencias*, concepto que envuelve el supuesto de que tales consecuencias, se conocieron y se aceptaron, y la mera *necesidad social* de sujetar a un individuo (o a un objeto) peligroso a medida preventiva o de seguridad, sin contar con lazo alguno de parte del pasivo de estas medidas que se origine en o se relacione con su entendimiento y su voluntad.

El delincuente normal a quien se ha conminado públicamente con una pena y a pesar de ello incurre en la infracción prohibida, es *responsable*; al enajenado, en cambio, a quien no se amenaza ni se puede amenazar con el sanatorio sin colocarse en su mismo plano de anormalidad, tampoco se puede considerar propiamente “responsable” de sus locuras sin alterar el significado

del vocablo; lo que pasa en tales casos es que, sin pensar en *obligación* alguna engendrada por el sujeto sino sólo en la *necesidad social*, se le sujeta a vigilancia y a tratamientos curativos, equiparándole, hasta cierto punto, con un *objeto de derecho* y aplicándole los recursos terapéuticos encaminados a restituirle su plena capacidad y su calidad de sujeto activo de derecho.

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

En resumen, que la antijuricidad es una relación del hecho con el orden jurídico; la imputabilidad es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad es relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el sujeto y el Estado, relación esta última que puede tomarse en tres momentos: el relativo a la imputabilidad que es sólo capacidad o potencialidad, y entonces significa también obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias; el que se refiere a la materia procesal, que deriva de la ejecución de un acto típico y somete al juicio respectivo; y el correspondiente a la culpabilidad que, como forma de actuación, significa ya un lazo jurídico real y concreto entre el que ha delinquido y el Estado.

2.2.4.4 “Actiones Liberae in Causa”.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito.

A estas acciones se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo debe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad -dice Cuello Calón-, el sujeto era imputable.

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

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

2.2.5 LA CULPABILIDAD.

2.2.5.1 Noción de la culpabilidad

La imputabilidad como ya lo hemos dicho, funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal; corresponde ahora, delimitando el ámbito respectivo, externar una noción sobre culpabilidad.

Una conducta será delictuosa no sólo cuando típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta –según Cuello Calón–, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada. Al llegar a la culpabilidad –dice Jiménez Asúa, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró”. “en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

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

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

2.2.5.2 Formas de culpabilidad.

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

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

2.2.5.3 El dolo y sus elementos.

En el Dolo, el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarlo.

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Elementos del Dolo:

Elemento Ético, y

Elemento Volitivo o Emocional.

El *elemento ético* está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El *elemento volitivo o psicológico* consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

2.2.5.4 Clases de dolo

1. El *dolo directo* es aquél en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. El dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

2. El *dolo indirecto* (o simplemente indirecto), conocido también como *dolo de consecuencia necesaria*, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

3. El *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. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

4. El *dolo indeterminado* que es la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas.)

2.2.5.5 Clases de culpa

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

Dos son las especies principales de la culpa: **consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.**

La **culpa consciente, con previsión o con representación**, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción. Como ejemplo de esta, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante representarse la

posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiando en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

La **culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación**, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

A la culpa sin representación solía clasificársele en lata, leve y levísima. La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.

2.2.5.6 El caso fortuito

El caso fortuito encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 33 del código Penal vigente: “El delito se excluye cuando: ...El resultado típico se produce por caso fortuito”. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas. El legislador se refiere, al hecho anterior, inmediato a la producción del resultado y no a éste; la expresión lícito, atañe a la conducta inicial.

En el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de metaculpabilidad, en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible. Por ello se ha expresado que marca el límite o la frontera con la culpabilidad. Por debajo de la culpa, asienta Soler, no hay responsabilidad penal.

En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita). 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 resultado coincidente con la descripción legal de un

delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

Mientras en la culpa inconsciente no se prevé el resultado previsible, en el caso fortuito jamás puede preverse por ser imprevisible. Es decir, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de previsión del resultado delictivo, pero en aquélla debe preverse por existir esa posibilidad, en cambio en el caso fortuito el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente posible.

2.2.5.7 La inculpabilidad

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de culpabilidad: *conocimiento y voluntad*. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: *intelectual y volitivo*. Toda

causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad serían el **error esencial de hecho** (ataca el elemento intelectual) y la **coacción sobre la voluntad** (afecta al elemento volitivo).

1.- EL ERROR

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

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta. Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

TIPOS DE ERROR

El error se divide en error de:

A) *Hecho*

B) *Derecho.*

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

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

“El *error esencial de hecho* según Porte Petit, para tener efectos eximentes, debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. Error esencial, para Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal.

En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su

conducta y por ello, constituye, como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo”.³⁰

Error esencial de hecho. “Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta”.

Error vencible. “No se excluye la responsabilidad si el error es vencible”.

Al aludir la ley a la *realización de la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal*, consigna el error de tipo como causa impeditiva de la integración del delito; y al agregar la propia ley *o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta*, recoge el error de prohibición, ambas hipótesis de error esencial e insuperable, y por ello excluyentes de la culpabilidad.

C) Accidental.

El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias.

³⁰ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pàg. 52.

El *error en el golpe* se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente.

Aberratio in persona es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

Aberratio delicti si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33, fracción VIII, prevé dos clases de errores: **El Error de Tipo y el Error de Prohibición:**

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

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

o

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

LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

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

2.2.5.8 Las eximentes putativas

Según nuestro Código, los delitos son intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales; es decir, se integran tan sólo si se llenan las formas de la culpabilidad: dolo, culpa o preterintención. Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento es en virtud de un error esencial e insuperable), o poseyendo esa conciencia ejercita una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable, en este caso se hallan las eximentes putativas.

Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundamentalmente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo.

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

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

La realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. La no exigibilidad de otra conducta es causa eliminadora de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: “Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social.

CAPITULO TERCERO

“CLASIFICACION DE LOS DELITOS”

3.1. EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

Según una división **bipartita** se distinguen los *delitos* de las *faltas*; la clasificación **tripartita** habla de *crímenes, delitos y faltas o contravenciones*. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

3.2 SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

- Según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser

Delitos *de acción y*

Delitos *de omisión*.

Los de *acción* se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto.

En los delitos *de omisión* el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley. En los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de *omisión* violan una ley dispositiva, en tanto que los de *acción* infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en:

Delitos de *simple omisión* y

Delitos de *comisión por omisión*.

Los delitos de *simple omisión*, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso que impone a todos la obligación positiva de auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

Los delitos de *comisión por omisión*, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se

concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer. Como ejemplo del delito de comisión por omisión , es el de la madre que a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal.

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

3.3 POR EL RESULTADO

Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en :

Delitos *formales* y

Delitos *materiales*.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material (homicidio, robo y otros).

3.4 POR LA LESIÓN QUE CAUSA

En razón del bien jurídico, los delitos se dividen en:

Delitos **de *lesión*** y

Delitos **de *peligro***.

Los *de lesión*, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etc.;

Los *de peligro*, no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio.

3.5 POR SU DURACIÓN

Los delitos se dividen en:

Instantáneos,

Instantáneos con efectos permanentes,

Continuados, y

Permanentes.

Instantáneo. La acción que lo consume se perfecciona en un solo momento. “El carácter de instantáneo –dice Soler–, no se lo da a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria.” El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, sin con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley de la nota al delito instantáneo. Como en el homicidio y el robo.

Actualmente el artículo 10, del Código Penal para el Estado de Guanajuato lo define así: “Instantáneo, cuando la conducta se agota en el momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal...”

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

Continuado. En este delito se dan *varias acciones y una sola lesión jurídica*. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Se dice que el delito continuado consiste: 1º Unidad de propósito; 2º Pluralidad de conductas (discontinuidad en la ejecución); y, 3º Unidad de lesión jurídica. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta. Según Alimena, en el delito continuado “las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola”.

Nuestro Código Penal no hacía referencia al delito *continuado*; ahora con las reformas lo define en el artículo 10; expresa: “Continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.”

Permanente. “Puede hablarse de delito permanentes sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos”.

En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el rapto, el plagio, etc.

El delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

3.6 POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

Los delitos se clasifican en

Delitos *dolosos* y

Delitos *culposos*.

Delitos *preterintencionales*.

El delito es *doloso* cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como en el robo, en donde:

El sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho, del bien mueble ajeno.

En la *culpa* no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso del manejador de un vehículo que, con manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a un transeúnte.

Es *preterintencional* cuando el resultado sobrepasa la intención; si el agente, proponiéndose golpear a otro sujeto, lo hace caer debido al empleo de

la violencia y se produce la muerte; sólo hubo dolo respecto a los golpes, pero no se quiso el resultado letal.

3.7 DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS

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

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

Delitos *complejos* son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.³¹

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

³¹ Solder, Derecho Penal Argentino, t.I, pàg.284.

3.8 UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES

Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan;

- a) *Unisubsistentes y*
- b) *plurisubsistentes.*

Los delitos Unisubsistentes se forman por un solo acto, mientras que los segundos constan de varios actos. El delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez, un delito autónomo.

El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictivos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figura delictivas.³²

3.9 UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado, es el delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo

³² Op. Cit., t. I, pàg. 265.

sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, mas es posible su realización por dos o más. El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo (a menos que opere a favor de uno de los sujetos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable).

3.10 COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLÍTICOS.

Esta clasificación es en función de la materia.

- a) Los delitos *comunes* constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales;
- b) Los delitos *federales* se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión. Por carecer el Distrito Federal de Poder Legislativo propio, el mismo Congreso Federal legisla en materia común.
- c) Los delitos *oficiales* son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (mejor dicho en abuso de ellas).
- d) Los delitos de *orden militar* afectan la disciplina del Ejército. La Constitución General de la República, en el artículo 13, prohíbe a

los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado.

- e) Los delitos *políticos* se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes. El Anteproyecto de 1949 los define así: “Para todos los efectos legales se considerarán como de carácter político los delitos contra la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos o los derechos políticos reconocidos por la Constitución.”

Lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.

CAPITULO CUARTO

“TEORIA DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD”

4.1 LA PUNIBILIDAD.

Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. Se utiliza la palabra *punibilidad*, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *jus puniendi*); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, *a posteriori*, las penas conducentes.

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

4.1.1 La punibilidad como elemento del delito

Raúl Carrancá y Trujillo al hablar de las excusas absolutorias afirma que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias forman el factor negativo) el delito permanece inalterable.³³

El delito es punible; pero ni eso significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible.

Porte Petit se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: “Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta *no es un elemento sino una consecuencia del delito*”.³⁴

³³ Derecho Penal Mexicano, t. II, pàg. 125, Mexico, 1956.

³⁴ Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, pàg. 150, México, 1960.

4.1.2 Ausencia de punibilidad

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. *Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.*

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

4.1.3 Tipos de excusas absolutorias

a) *Excusa en razón de mínima temibilidad.* El artículo 196 del Código Penal vigente establece que cuando el valor de lo robado no pase de veinte días de salario mínimo general vigente en el Estado, sea sustituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

b) *Excusa en razón de la maternidad consciente.* El artículo 163 del Código Penal establece la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Para la operancia de la impunidad se requiere la demostración previa del atentado sexual, aun cuando respecto a éste no se haya seguido juicio alguno en contra del violador.

c) *Otras excusas por inexigibilidad.* Estos supuestos se circunscriben al ocultamiento del infractor y a la omisión de auxilio para investigar los delitos o perseguir a los delincuentes, excluyendo el ocultamiento de los efectos, objetos o instrumentos del delito.

Igual fundamento opera para las excusas contenidas en el Código Penal del Distrito Federal. Alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso.

Otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria del mismo cuerpo legal; se refiere a la falsa declaración de un encausado. El estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir un obrar diferente.

d) *Excusa por graves consecuencias sufridas.* “Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella.”

El precepto capta los casos en los cuales el sujeto activo sufre graves daños en su persona, de tal manea que sea hasta inhumana la imposición de la pena.³⁵

4.2 LA PENA

Para Carrara la pena es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente; es un castigo; atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia; para que sea consecuentes con su fin de la pena ha de ser eficaz, aflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable.

De raigambre clásica es la definición de la pena que dice que es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable; imposición de un mal adecuado al acto.

Para Roeder, la pena busca la corrección del pecado, y para el positivismo criminal de la pena, o mejor sanción, es medio de seguridad e instrumento de la defensa social frente a los delincuentes peligrosos; es propiamente el tratamiento que conviene al autor del delito socialmente peligroso o al que representa un peligro de daño, pues el hecho de que el delito sea o no el producto de una voluntad malévola y antisocial por propia y libre determinación, es cosa extraña al ejercicio de este derecho de defensa; en

³⁵ Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pp. 279-281, México, 1991.

consecuencia, la noción de la pena está en esencia divorciada de la idea de castigo, de expiación o de retribución moral.

En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.³⁶

4.2.1 Fines y caracteres

La pena tiene así, como **fines** últimos, la justicia y la defensa social; pero como mecanismo para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

- a) **Intimidatoria**, sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.
- b) **Ejemplar**, para que no sólo exista una conminación teórica en los códigos sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.
- c) **Correctiva**, no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformativos que en cada sujeto resulten indicados para prevenir la reincidencia.

³⁶ Carrancà y Trujillo Raül, Derecho Penal Mexicano, pág. 685, México. 1980.

- d) *Eliminatoria*, temporalmente, mientras se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles.
- e) *Justa*, porque si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias; pero además, porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la Sociedad ofendidos por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían indefectiblemente ante la falta de castigo.

De esos mismos fines podemos inferir los caracteres de la pena como sigue:

- A. Para que la pena sea *intimidatoria* debe ser AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; LEGAL, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; CIERTA, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar y sancionar los delitos, por indultos graciosos deja sin defecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.
- B. Para que sea *ejemplar*, debe ser PÚBLICA, en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.
- C. Para ser *correctiva*, debe disponer de medios CURATIVOS para los reos que lo requieran, EDUCATIVOS para todos y aun DE ADAPTACIÓN al medio cuando en ello pueda estribar la prevención de futuras infracciones, comprendiéndose en los medios educativos los que sean conducentes a la formación moral, social, de orden, de trabajo y de solidaridad.

- D. Las penas *eliminadoras* pueden llegar a ser la de muerte, la de reclusión o de relegación perpetua, o del destierro.
- E. Para ser *justas*, todas las penas deben ser HUMANAS, que no descuiden el carácter del penado como persona; IGUALES, en cuanto habrán de mirar sólo a la responsabilidad y no a categorías o clases de personas, hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes. SUFICIENTES, REMISIBLES, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines; REPARABLES, para hacer posible una restitución total en casos de error; PERSONALES o que sólo se apliquen al responsable; VARIAS, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso; y ELÁSTICAS, para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad.³⁷

4.2.2 Fundamentos de la pena.

Se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena. A tres pueden reducirse: absolutas, relativas y mixtas.

4.2.2.1 Teorías absolutistas.

La pena carece de una finalidad práctica, se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el

³⁷ Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, pp. 529-531. Mexico, 1975.

hecho ejecutado; estas orientaciones absolutas, a su vez, se clasifican en *reparatorias y retribucionistas*.

Teorías relativas. Las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.

4.2.2.2 Teorías mixtas.

Intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. Toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una relativa.

La pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito. La pena ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.

4.2.3 Fundamentos filosófico-jurídicos de las penas

Fausto Costa escribe con énfasis: “Históricamente, la pena deriva de la venganza. Y filosóficamente de la necesidad en que se encuentra la sociedad civilizada de ejercer la tutela de los derechos de un modo coactivo”.³⁸

La retribución jurídica tiene su máximo exponente en Hegel, quien considera al delito como un atentado contra el derecho, por lo que la pena se constituye como la consecuencia lógica del delito para preservar el imperio del régimen jurídico. Esta retribución jurídica llega a complementar a la moral.

Maggiore cree firmemente que la retribución jurídica es el verdadero y único fundamento de la pena, y entonces la define así: “un mal conminado o inflingido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado”.³⁹

Desde los escépticos hasta los sostenedores que pretenden encontrar en la pena un fin en sí misma, pasando por quienes consideran que la pena tiene un valor principalmente ético y otro pedagógico con beneficio social, sólo en el anarquismo tendría sentido que no existieran las penas, precisamente al no haber Estado, porque aquéllas derivan necesariamente de un orden jurídico

³⁸ Fausto Costa, *El delito y la Pena en la Historia de la filosofía*, UTEHA, México, 1953, Pág. 172.

³⁹ Giuseppe Maggiore. Pág. 63.

establecido por el Estado. En la actualidad, como en siglos anteriores, han existido las penas, sin interesar mucho su aplicación. Algunos Estados han sido más severos que otros, y se ha permitido el abuso del castigo.

El origen de la pena se encuentra tanto en una necesidad social, como en la venganza. A través del tiempo se pudieron organizar sistemas en los cuales los delincuentes recapacitaban acerca de sus conductas y así pudieran reintegrarse a la sociedad; sin embargo, otros sistemas penitenciarios eran crueles y no daban oportunidad a esos hombres infractores de la ley de ser útiles a los demás.

La pena todavía se entiende como una necesidad social, pero debe desterrarse la idea que la pena aún sea una venganza.

4.2.4 Clasificación de las penas

a) Por su forma de aplicación:

Principales. Que son las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en su sentencia.

Complementarias. Aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias.

Accesorias, que son aquellas que, sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal: como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilidad para ejercer cargos como el albaceazgo, la tutela, etc.

4.2.4.1. Por su fin preponderante.

Intimidatorias, que lo son todas las verdaderas penas, pero con exclusividad la multa y las prisiones de corta duración.

Correctivas, se predica especialmente de las que mantienen al sujeto privado de libertad y, por tanto, dan oportunidad para someterle a un régimen o tratamiento adecuado.

Eliminatorias, son temporalmente o en forma parcial, todas las privativas o restrictivas de la libertad y, perpetuamente, las de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida, y el destierro, donde las hay.

4.2.4.2 Por el bien jurídico que afectan

La pena capital, que priva de la vida.

Las penas corporales, que son aquellas que se aplicaban directamente sobre la persona: como azotes, marcas o mutilaciones.

Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de ese derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien, privativas del mismo como la prisión.

Pecuniarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

Contra otros derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aun cuando éstas pueden tomarse más bien como medidas de seguridad.

Para Fernando Castellanos, las Penas se clasifican:

Por su fin.- Las penas se clasifican en *intimidatorias*, *correctivas* y *eliminadoras*.

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

4.2.5 Las medidas de seguridad

4.2.5.1 Concepto

Las medidas de seguridad son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter definitivo, buscan prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos.

Debe evitarse confundir las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado que se refieren a toda la población del territorio y que en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, la cual, por haber cometido una infracción anterior, determinada en cada caso, la cual, por haber cometido una infracción anterior, hace suponer una particular temibilidad que requiere un apercibimiento, una caución de no ofender, una vigilancia especial, un tratamiento curativo si es alguna anomalía la que hace al sujeto peligroso.

La medida de seguridad, a diferencia de la pena que tiende a prevenir el delito desde antes de que se cometa, por medio de la intimidación, y que se aplica por la responsabilidad de un delincuente, mira sólo a la peligrosidad del sujeto; por esto es que, habiendo en los irresponsables una característica exclusiva de peligro, a tales sujetos no se puede aplicar sino medios asegurativos; en los delincuentes normales se asocian la responsabilidad y la

capacidad de ser influidos por la amenaza del castigo y dirigidos por los mandatos de la ley, para éstos se dictan medidas de seguridad, o bien, alguna sanción, como la privativa de la libertad, se use a la vez como pena y como medida de seguridad.

4.2.5.2 Clasificación

Mientras la Pena lleva consigo la idea de expiación y, en cierta forma, de retribución, las medidas de seguridad sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente debe considerarse como Penas la prisión y multa; y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar.⁴⁰

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 89 establece:

“ Las Medidas de Seguridad que podrán imponerse son:

- I.- Tratamiento de inimputables;*
- II.- Deshabitación;*
- III.- Tratamiento psicoterapéutico integral; y*
- IV.- Las demás que señalen las leyes. ”*

⁴⁰ Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pàg 323. 29º ed. Mèxico.

CAPÍTULO QUINTO

LA PENA DE MUERTE Y LOS DERECHOS HUMANOS

5.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Fausto Costa, escribe con énfasis: “Históricamente, la pena deriva de la venganza. Y filosóficamente de la necesidad en que se encuentra la sociedad civilizada de ejercer la tutela de los derechos de un modo coactivo.”⁴¹

La retribución jurídica tiene su máximo exponente en Hegel, quien considera al delito como un atentado contra el derecho, por lo que la pena se constituye como la consecuencia lógica del delito para preservar el imperio del régimen jurídico. Esta retribución jurídica llega a complementar a la moral.

Maggiore cree firmemente que la retribución jurídica es el verdadero y único fundamento de la pena, y entonces la define así: “Un mal conminado o infligido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado”.⁴²

⁴¹ Fausto Costa, *el delito y la pena en la historia de la filosofía*, UTEHA, México, 1953, Pág. 176.

⁴² Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal* Vol. II, Temis Bogotá, 1972, Pág. 63

5.2. ¿ES UNA PENA LA PENA DE MUERTE?

Para saber si la pena de muerte es efectivamente una pena, se deben conocer los fines de ésta. Carrara considera que la pena ha evolucionado, porque ya no se pretende la venganza del ofendido, ni procurar el temor entre los ciudadanos, ni tampoco el resarcimiento de los daños ocasionados, porque estas situaciones pueden ser las consecuencias lógicas de la pena.

Así, el maestro Pisa afirma contundentemente: “El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad”.⁴³

Ahora se debe investigar si la pena de muerte es ejemplar, intimidatoria, correctiva y justa. El principal exponente de la escuela clásica interviene y argumenta:

La negación de que la pena de muerte es pena ejemplar no es idea moderna, porque hasta nosotros han llegado las memorables palabras de Ovidio Casio: *majus exemplum esse viventis miserabiliter criminosis quam occisi*. (Es mayor ejemplo el de un vivo miserablemente criminal, que el de un criminal muerto.)⁴⁴

⁴³ Francesco Carrara, *Programa del Derecho Criminal*, parte general, Vol. I. Temis, Bogotá, 1973.

⁴⁴ Francesco Carrara, op. Cit., Pág.103.

Se entiende como ejemplar una situación positiva que muestra una virtud. Matar no es una virtud, sino que implica una destrucción, interrumpe una evolución y es un acto contrario a la naturaleza. “Se mata, ante todo, en nombre del orden. Pero también los cementerios están llenos de orden y de silencio.”⁴⁵ La pena de muerte no es ejemplar por el simple hecho de que cause terror; se ha comprobado fehacientemente que muchos criminales habían presenciado ejecuciones públicas, y esto no los atemorizaba, sino que pensaban escapar de la detención, o encontraban en la pena de muerte una manera de alcanzar la fama y el martirio en su sentido actual.

La pena de muerte produce un efecto intimidatorio para la gente ecuánime; empero, como se señaló, a personas con planes delictuosos no les preocupa la existencia del fusilamiento, de la silla eléctrica, de la horca o de cualquier otro método macabro.

No hay cabida para la corrección en la pena de muerte, porque el individuo acusado no tiene oportunidad de probar su inocencia y el que no lo sea nunca podrá demostrar su rehabilitación a la sociedad. Por tanto, esta pena no persigue ningún fin humanista.

Carrara, llegó a sostener que la palabra *justicia* degeneró su contenido por abuso del que fue objeto, a tal grado que ajusticiar se convirtió en sinónimo de ahorcar. La pena de muerte es injusta para el reo, para el

⁴⁵ Daniel Sueiro, La pena de muerte, Alianza Alfaguara, Madrid, 1974, Pág. 14.

verdugo, para los jueces, para la gente que es testigo de ese espectáculo horrible y también para la familia del sentenciado.

Ha quedado demostrado que la pena de muerte no es, en realidad, una pena porque no reúne las características como tal, ni pretende el restablecimiento del orden externo en la sociedad y, lo que es peor, provoca un desorden interno terrible que conmueve a las conciencias.

Desde los escépticos hasta los sostenedores que pretenden encontrar en la pena un fin en sí misma, pasando por quienes consideran que la pena tiene un valor principalmente ético y otro pedagógico con beneficio social, sólo en el anarquismo tendría sentido que no existieran las penas, precisamente al no haber Estado, porque aquéllas derivan necesariamente de un orden jurídico establecido por el Estado. En la actualidad, como en siglos anteriores, han existido las penas, sin interesar mucho su aplicación. Algunos Estados han sido más severos que otros, y se ha permitido el abuso del castigo.

El origen de la pena se encuentra tanto en una necesidad social, como en la venganza. A través del tiempo se pudieron organizar sistemas en los cuales los delincuentes recapacitaban acerca de sus conductas y así pudieran integrarse a la sociedad; sin embargo, otros sistemas penitenciarios eran crueles y no daban oportunidad a esos hombres infractores de la ley de ser útiles a los demás.

La pena todavía se entiende como una necesidad social, pero debe desterrarse la idea de que la pena aún sea una venganza.

5.3 LA PENA DE MUERTE Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Ulpiano consideró al *derecho natural* así: *quod natura omnia animalia docuit*.⁴⁶ El famoso jurista creía que la Naturaleza ha dado tal derecho a todos los animales; por tanto, no estaba de acuerdo con la institución de la esclavitud, que reducía a un mero estado convencional tendiente a desaparecer. En el *Digesto* aparecen fragmentos escritos por Ulpiano, en los cuales éste sostiene que dicha institución es contraria al *ius gentium* porque todos los hombres nacen libres y con igualdad de derecho. Aquí ha surgido el desconcierto entre las dos concepciones mencionadas, pero el maestro Del Vecchio disipa cualquier duda en este sentido al afirmar: “A menudo aparece confundido el *ius gentium* con el *ius naturale*. Pero aquel concepto es esencialmente romano, nacido de la experiencia histórica de los romanos: y éste es, en cambio, propio de la filosofía griega...”⁴⁷

Por su parte, Gayo mencionaba que el *ius gentium* o derecho de gente lo equiparaba al derecho natural, porque era dable a todos los hombres.

En cuanto al *derecho positivo*, Del Vecchio dice: “... es una modificación, con elementos de accidentabilidad y arbitrio, del derecho natural”.⁴⁸

⁴⁶ Citado por Giorgio del Vecchio, Pág. 25

⁴⁷ Citado por Giorgio del Vecchio, op. Cit. Pág. 25.

⁴⁸ Idem op. Cit. Pág. 24

El *derecho natural* y el *derecho positivo* se complementan y realizan una coexistencia necesaria para crear un sistema jurídico. El primero necesita del segundo para llevarse a efecto y, a su vez, el positivo requiere del natural para alcanzar validez total. A propósito Javier Hervada explica claramente: “Lo lícito por derecho natural puede convertirse en ilícito por disposición positiva, pero no lo contrario, es decir, lo ilícito por derecho natural no puede transformarse en lícito por ley positiva.”⁴⁹

El autor de la *Teoría pura del derecho* sostiene que el *derecho positivo* es el verdadero derecho porque constituye una ordenación válida obligatoria; además, con acento escéptico, no atribuye valor al derecho natural, por lo que no tiene trascendencia real para el derecho positivo. Sin embargo, Kelsen considera que para la realización del derecho natural es indispensable la intervención humana mediante su inteligencia y voluntad, es decir, cuando se realiza se convierte en positivo al establecerse por un acto humano.

⁴⁹ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Editora de Revistas, México, 1985, Págs. 190 y 191.

5.4 LA PENA DE MUERTE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

5.4.1 El artículo 22 constitucional

“Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109. También queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar” ...

Dicho artículo trató de recoger la herencia humanitaria de las constituciones precedentes mexicanas e incluso la de Cádiz de 1812; las que prohibían las penas trascendentales y la confiscación de los bienes.

Respecto al primer párrafo del artículo en estudio, es interesante que se haga con tanto énfasis la prohibición expresa de la aplicación de penas no contempladas en las leyes penales vigentes y que lamentablemente aún se practican indebidamente en lugares diversos por gente sin escrúpulos, escudada en una frágil autoridad ventajosa y cobarde. La mutilación implica el desprendimiento de algún miembro del cuerpo humano; es el deshonor; la marca, los azotes y los palos no requieren mayor explicación y el tormento infringen los nobles propósitos constitucionales, en este caso, de preservar la seguridad jurídica de la integridad personal, consagrada en e artículos 22 de la *Ley Fundamental*.

Una pena inusitada se refiere a penas fuera de uso pero, en realidad, la connotación jurídica indica que la pena debe estar consagrada en las leyes. Así, se confirma el axioma *nulla poena sine lege*, y la pena trascendental consiste en castigar tanto al delincuente como a otras personas no precisamente involucradas en el delito cometido, lo cual es una injusticia evidente, por lo que se violaría la personalidad en la sanción penal. Hasta aquí el primer párrafo.

Respecto al párrafo segundo, referente al tema de la confiscación, se aclara que ésta no debe entenderse en los casos mencionados. La autoridad judicial puede aplicar total o parcialmente los Bienes personales para pagar la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito. Ahora bien, cuando se refiere al pago de impuesto o multas, aunque no se dice expresamente, interviene la autoridad administrativa, con la facultad económica-coactiva para cobrar créditos fiscales que puede adeudar una

persona. Por su parte, el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilegítimo tampoco se considera confiscación.

En el tercero y último párrafo del artículo que se comenta, queda prohibida estrictamente la pena de muerte en relación con los delitos políticos.

Para Maggiore, en un sentido amplio, todo delito es de carácter político: “El delincuente es, ante todo, un rebelde, y por esto está obligado a responder ante el orden jurídico-político, que encuentra su expresión máxima en el Estado.”⁵⁰

El eminente abogado Ignacio Burgoa dice al respecto de los delitos políticos:

“Todo hecho delictivo vulnera o afecta determinado bien jurídico (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.). Cuando la acción delictuosa produce o pretende producir una alteración en el orden estatal bajo diversas formas, tendientes a derrocar a un régimen gubernamental determinado o al menos engendrar una oposición violenta contra una decisión autoritaria o a exigir de la misma manera la observancia de un derecho, siempre bajo la tendencia general a oponerse a las autoridades constituidas, entonces el hecho o los hechos en que aquélla se revela tienen el carácter político y si la ley penal los sanciona, adquieren la fisonomía de delitos políticos”.⁵¹

⁵⁰ Giuseppe Maggiore, op. cit. Pág. 254

⁵¹ Ignacio Burgoa, Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo, Porrúa, México, 1984, Pág. 336

El Código Penal vigente para el Distrito Federal señala cuáles son en su artículo 144: “Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos”. La denominación de este título es: *Delito contra la seguridad de la Nación*.

La pena de muerte, aunque sólo en el artículo 22 constitucional está expresamente aludida, también de manera implícita está vinculada en los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de la Ley Fundamental.

En relación con el artículo 13 constitucional, hay que decir que la pena de muerte no puede violar los principios jurídicos básicos establecidos en nuestro código Político, que son, entre otros, la prohibición de ser juzgado por leyes privativas y/o por tribunales especiales.

El artículo 14 constitucional es de suma importancia, porque contiene una de las garantías totales de nuestro sistema jurídico, y que es la de audiencia. La aplicación de la pena de muerte sin garantía de audiencia, sería a todas luces una arbitrariedad y una injusticia.

El jurista Ignacio Burgoa encuentra una relación directa entre los artículos 15 y 22 constitucionales, y considera que hay una congruencia destinada a legitimar la prohibición expresa para autoridades del Estado que intervienen en la celebración de tratados internacionales:

El artículo 22 constitucional veda la pena de muerte en lo tocante a los delitos políticos que se suponen cometidos o perpetrables dentro del territorio nacional y contra las instituciones gubernativas mexicanas. Por tanto, sería contradictorio que, si en un país extranjero para esos delitos existiera la mencionada pena, México pudiera celebrar con él tratados de extradición de sus autores, a efecto de que se les aplicara una sanción penal proscrita de nuestro orden constitucional para ese tipo delictivo.⁵²

Por otra parte, el artículo 16 constitucional que es sin duda uno de los más importantes de toda la Ley Fundamental mexicana, al salvaguardar la garantía de legalidad, no puede ausentarse del análisis jurídico de la pena de muerte, ya que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado.

El artículo 17 constitucional establece la prohibición de que toda persona pueda hacerse justicia por sí misma y de ejercer violencia para reclamar el derecho. Esto nos recuerda que el origen de la pena es la venganza de alguna manera contradice el noble propósito establecido en el artículo antes aludido.

Con respecto al artículo 18 constitucional, que prevé la readaptación social de los delincuentes sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, es necesario subrayar que es una meta difícil de alcanzar por la deficiente organización del sistema penitenciario, aunque no imposible.

⁵² Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1984, pág. 878.

Sin embargo, la pena de muerte no readapta a los delincuentes y, por tanto, el propósito de establecer como fin de la pena la readaptación, queda sepultado con la simple posibilidad jurídica de aplicarla pena de muerte.

5.5 HISTORIA DE LA PENA DE MUERTE Y LAS DISTINTAS DOCTRINAS PENALES.

En la época precortesiana los habitantes de Mesoamérica aplicaban la pena de muerte. Las diversas culturas establecidas en la región tenían concepciones de la vida y la muerte muy particulares.

“Se da por cierta la existencia de un llamado Código Penal de Netzahualcóyotl para Texcoco y se estima que según él, el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión o decisión de empleo y hasta prisión en cárcel o en el propio domicilio”.⁵³

Los aztecas ejecutaban el castigo mortal cuando se trataba de adulterio, robo, homicidio, alteración de hechos por parte de historiadores o por embriaguez hasta la pérdida de la razón; sin embargo, en estos casos había una distinción :si era noble, se le ahorcaba; si no lo era, la primera vez era privado de la libertad, y si hubiese una segunda, se le privaba de la vida.. Los métodos que los aztecas utilizaban principalmente eran por otorgamiento, lapidación y

⁵³ (Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, México, 1986 Págs. 112 y 113.

decapitación. En cuanto a los tlaxcaltecas, el jurista Carrancá y Trujillo ha escrito que la pena de muerte era aplicable:

“Para el que faltara al respeto a sus padres, para el causante de grave daño al pueblo, para el traidor al rey o al Estado, para el que en la guerra usara las insignias reales, para el que maltratara a un embajador, guerrero o ministro del rey, para los que destruyeran los límites puestos en el campo, para los jueces que sentenciaran injustamente o contra la ley o que dieran al rey relación falsa de algún negocio, para el que en la guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello o abandonara la bandera o desobedeciera, para el que matara a la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio, para los adúlteros, para el incestuoso en primer grado, para el hombre o la mujer que usara vestidos impropios de su sexo, para el ladrón de joyas de oro, para los dilapidadores de la herencia de sus padres”.⁵⁴

Los Tlascaltecas aplicaban la pena máxima prácticamente con los mismos medios que los aztecas.

Respecto a los mayas, Carrancá y Trujillo alude a Thomson y dice que el pueblo maya no aplicaba formalmente la pena de muerte.

“El abandono de hogar no estaba castigado, el adúltero era entregado al ofendido, quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer, su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes; el robo de cosas que no podían ser devueltas se castigaban con esclavitud”.⁵⁵

⁵⁴ (idem Pág. 115)

⁵⁵ Idem.

Jurídicamente existieron cambios trascendentales de una época a otra, la pena de muerte sobrevivió al mestizaje cultural y racial, que propició el nacimiento propiamente dicho de México.

La pena de muerte se aplicaba durante el virreinato básicamente a los herejes, salteadores de caminos y a quienes se levantaban en armas contra el gobierno español.

Curiosamente, Miguel Hidalgo y costilla, al proclamar la abolición de la esclavitud por medio del bando que promulgó en Guadalajara el 6 de diciembre de 1810, se mostró partidario de la pena de muerte y en el artículo 1º, del mencionado documento estaba prevista para los dueños de esclavos que no dieran la libertad en un término de 10 días.

En los Sentimientos de la Nación, Morelos no habla en absoluto de la pena máxima, pero aclara que en la nueva legislación no se admitirá la tortura.

En el Art. 23 de la Constitución Política de 1857 se establecía:

“Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros caos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley”.

En años posteriores a esa Constitución durante el gobierno de Juárez, se continuó aplicando la pena máxima.

El Código Penal de 1871 preveía la pena de muerte en su artículo 92, fracción X. Así durante la época de Porfirio Díaz se llevó a cabo dicho castigo no pocas veces, de modo que la represión fue una de las características de los regímenes del general.

Cuando estalló la Revolución Mexicana, no sólo se desencadenó la violencia, sino que dicha pena pervivió en la letra y en la práctica. En 1916, Venustiano Carranza decretó aplicarla a quienes incitaran a la suspensión del trabajo en empresas destinadas a prestar servicios públicos y, en general a toda persona que provocara el impedimento de la ejecución de los servicios prestados. En otras palabras, hizo revivir la ley del 25 de enero de 1862, a cargo de la autoridad militar.

Hasta 1929, durante el mandato de Emilio Portes Gil, el castigo máximo desapareció del catálogo de penas en el código penal de ese año.

El Código Penal de 1931 siguió la línea de su antecesor y hasta la fecha dicha pena no se ha incluido donde las otras (artículo 24)...

En los últimos años distinguidos juristas mexicanos continúan el debate. Al respecto, Francisco González de la Vega ha escrito: "... nadie tiene derecho a matar, ni el Estado mismo. El Estado tiene una grave responsabilidad educacional: debe enseñarnos a no matar; la forma adecuada será el más absoluto respeto humana, así sea la de una persona abyecta y

miserable.”⁵⁶ Con un criterio igualmente abolicionista, Raúl Carrancá y Rivas sostiene: “... la pena de muerte no resuelve el problema porque no ataca el fondo la causas del crimen, no las prevé ni las previene.”⁵⁷

En oposición a los autores citados, José González Torres maneja los ya superados argumentos de la defensa legítima de la sociedad y el de ejemplaridad y la apoya expresamente: “La pena de muerte ha existido siempre como medio de intimidar y como máximo castigo al feroz agresor.”⁵⁸

⁵⁶ Citado por Fernando Castellanos, Tena op. cit. Pág. 317.

⁵⁷ Raúl Carrancá y Rivas, Derecho penitenciario, Porrúa, México, 1986, Pág. 435.

⁵⁸ José González Torres Pág. 102.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

El **Derecho Penal** es la rama del derecho público interno, relativa a los delitos, las penas y las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.

El estudio sistemático del Derecho Penal se **divide** en dos partes:

1º.- PARTE GENERAL: Está constituida por la Introducción; Teoría de la ley Penal; Teoría del Delito; y, Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad.

2º.- PARTE ESPECIAL: Que comprende el estudio de los Delitos en Particular; y, de las Penas y Medidas de Seguridad aplicables a los casos concretos.

Generalmente al hablar de las **Fuentes del Derecho** se hace distinción entre tres tipos de fuentes:

1º.- Fuentes Reales.

2º.- Fuentes Formales.

3º.- Fuentes Históricas.

Debe concluirse que solo es fuente del Derecho Penal, directa, inmediata y principal, **La Ley**.

SEGUNDA:

El Delito es una conducta típica, antijurídica, imputable culpable y punible.

En la anterior definición se incluyen como **elementos** del delito:

- 1°.- Una Conducta;
- 2°.- Tipicidad;
- 3°.- Imputabilidad;
- 4°.- Antijuridicidad;
- 5°.- Culpabilidad; y,
- 6°.- Punibilidad.

La Conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

La Tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Los Tipos se clasifican:

1º Por su composición:

- Normales.
- Anormales.

2º Por su ordenación metodológica:

- Básicos.
- Especiales.
- Complementados.

3º En función de su autonomía o independencia:

- Autónomos o Independendientes.
- Subordinados.

4º Por su Formulación:

- Casuísticos.
- Amplios.

5º Por el daño que causan:

- De daño.
- De peligro.

Cuando no se integran todos los electos descritos en el Tipo legal se presenta el aspecto negativo del delito llamado **atipicidad**, la cual es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo.

La Antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Un acto será *formalmente* Antijuridico cuando implique transgresión a una norma establecida por la ley (oposición a la ley), y *materialmente* Antijuridico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

La Imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal, es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. La **Inimputabilidad** constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

La Culpabilidad es el nexa psicológico entre el hecho y el sujeto, se toma la culpabilidad como aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente. La culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

La culpabilidad reviste dos formas:

1º El Dolo.

2º La Culpa.

El aspecto negativo de la Culpabilidad es la **Inculpabilidad** la cual opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: *Conocimiento y Voluntad*. Las causas de Inculpabilidad serían:

1º El Error Esencial de Hecho.

2º La coacción sobre la voluntad.

Entiendase por error como un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equívocamente.

TERCERA:

Los delitos se clasifican:

1º.- EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD:

- Crímenes.
- Delitos, y
- Faltas.

2º.- SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE:

- Delitos de Acción.
- Delitos de Omisión.
 - + Delitos de Simple Omisión.
 - + Delitos de Comisión por Omisión.

3º.- POR EL RESULTADO:

- Formales.
- Materiales.

4º.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN:

- Delitos de Lesión.
- Delitos de Peligro.

5º.- POR SU DURACION:

- Instantáneo.
- Instantáneo con efectos permanentes.
- Continuado.
- Permanente.

6°.- POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD:

- Dolosos.
- Culposos.
- Preterintencionales.

7°.- DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS:

- Simples.
- Complejos.

8°.- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES:

- Unisubsistentes.
- Plurisubsistente.

9°.- UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS:

- Unisubjetivos.
- Plurisubjetivos.

10°.- DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES MILITARES Y POLITICOS.

- Comunes.
- Federales.
- Oficiales.
- De Orden Militar.
- Políticos.

CUARTA:

La Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del ius puniendi). El delito es punible, pero esto no significa que la punibilidad forme parte del delito. Un acto es punible por que es delito; pero no es delito por ser punible, lo que significa que la punibilidad no es elemento esencial del delito, si esta falta, el delito permanece inalterable, más bien se considera a la punibilidad como una consecuencia del delito.

La **ausencia de Punibilidad** o el factor negativo de la misma se dà en funci3n de las excusas absolutorias ya que en presencia de ellas no es posible la aplicaci3n de la pena, las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el car3cter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicaci3n de la pena.

La Pena es un castigo que se aflige al delincuente, atiende a la moralidad del acto; al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la f3sica y la moral; su fin es la tutela jur3dica de los bienes y su fundamento es la justicia. Para que la pena sea consecuente con su fin la pena ha de ser eficaz, intimidatorio, ejemplar, correctiva, pronta, eliminatoria y de tal naturaleza que no pervierta al reo, y para que est3 limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva y reparable.

Las Penas se **clasifican** de la siguiente forma:

1º Por su Fin Preponderante:

- Intimidatorias.
- Correctivas.
- Eliminatorias.

2º Por el Bien Jurídico que afectan:

- Contra la vida.
- Corporales.
- Contra la Libertad.
- Pecuniarias.
- Contra ciertos Derechos.

El artículo 38 del Código Penal establece:

“Por la comisión de los delitos descritos en el presente Código solo podrán imponerse las penas siguientes:

- I.- Prisión.*
- II.- Semilibertad.*
- III.- Trabajo a favor de la Comunidad.*
- IV.- Sanción Pecuniaria.*
- V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.*
- VI.- Suspensión, privación e Inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos o inhabilitación para su ejercicio y desempeño.*
- VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella; y*
- VIII.- Las demás que prevengan las leyes.”*

Las Medidas de Seguridad intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Nuestro Código Penal, en el Catálogo de medidas de Seguridad, en su artículo 89 establece:

“Las Medidas de Seguridad que podrán imponerse son:

- I.- Tratamiento de Inimputables;
- II.- Deshabitación;
- III.- Tratamiento Psicoterapéutico Integral; y
- IV.-Las demás que señalen las leyes.

QUINTA:

Según palabras de Cuellon Calòn, la historia de la pena de muerte nace simultáneamente con la historia de la humanidad, pero esto no debe interpretarse en el sentido que la pena de muerte es connatural al ser humano.

La Pena de Muerte tiene su origen en la venganza y en la ira, además de la falta de clemencia de los gobernantes y una grave carencia de valores entre los gobernados, así como los graves problemas de la educación. Un pueblo analfabeto es insano, por que no posee las defensas necesarias para afrontar debidamente la vida social.

Para comprender que implica la Pena de Muerte debe tenerse una idea clara de qué es la vida.

“La vida humana es la más absoluta y radical de las realidades. Es la infinita dimensión del espíritu en la limitada condición de un cuerpo.

Es el centro de la creación humana, que se manifiesta y exterioriza en pensamiento y acción individual o colectiva.”

La Muerte es una posible consecuencia de la Pena, que tiene un misterio desconocido y no sabremos siquiera si lo descubriremos; por ello, lo importante es continuar la lucha por acabar con las injusticias concretas: La horca, el fusilamiento, la silla eléctrica, la decapitación, la cámara de gas y la inyección letal.

Morir es un acto inevitable que proporciona sentido a la vida, por que no contraviene a la naturaleza, pero matar es violar un orden existente, romper un universo sin posibilidades de reconstruirlo, implica desobedecer a la misma condición humana y atentar contra el Ser Supremo.

Somos un reto contra la Pena de Muerte, por que creemos que el Estado tiene el deber y el derecho de castigar moderadamente, pero, más aún, tiene el derecho y el deber de educar. Tal tarea también está comprendida a las familias y a las escuelas desde hace mucho tiempo, por lo que la misión es continuarla. Si se castiga sin educar, los frutos de la delincuencia caerán una y otra vez, pero volverán por que no hemos cortados sus raíces que han envenenado la dignidad de miles de personas.

La Pena de Muerte se presenta como una solución cuando en realidad es la continuación del problema que nos aqueja cada día más: la delincuencia.

Cabe destacar que en el año de 1887, la Pena de Muerte se encontraba regulada por el Código Penal para el Estado de Guanajuato refiriéndose en su artículo 90 en el capitulado de “*Enumeración de las Penas y Medidas Preventivas*” de la siguiente manera:

“Art. 90. Las Penas de los delitos en general son las siguientes:

I.- Pérdida a favor del Erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto u objeto de él.

II. Extrañamiento.

III. Apercibimiento.

IV. Multa.

V. Arresto menor.

VI. Arresto mayor.

VII. Reclusión en establecimiento de corrección penal.

VIII. Prisión ordinaria en penitenciaría.

IX. Prisión Extraordinaria.

X. Muerte.

XI...

XII...

XIII...

XIV...

XV... ”

En el mismo Código, en el artículo 140 definían lo que es la Pena de muerte quedando de la siguiente manera:

“Art. 140. La Pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida, y no podrá agravarse por circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución”.

Cabe mencionar que una de las condiciones para poder aplicar la pena de muerte era que el infractor debía de ser menor de setenta años, así como también se regulaba en el capítulo de Sustitución de las Penas la posibilidad de conmutar la pena de muerte por prisión extraordinaria en los siguientes casos:

- I.- Cuando el delincuente fuere mujer y haya cumplido setenta años al pronunciarse la sentencia.
- II.- Haya habido al menos una circunstancia atenuante.
- II.- Cuando hayan pasado cinco años desde que el delito se cometió hasta la aprehensión del reo, aunque se haya actuado en el proceso.

En cuanto a la forma de ejecución se estableció lo siguiente:

“Art. 232. Tampoco se ejecutará la irrevocable, cuando sea corporal la pena que en ella se impone, si después de pronunciada se pusiere el reo en estado de enajenación mental. En ese caso se ejecutará cuando recupere la razón.”

“Art. 235. La Pena de Muerte no se ejecutará en público, sino en la cárcel o en otro lugar cerrado que el juez designe sin otros testigos que los funcionarios a quienes impongan este deber el Código de Procedimientos, y un sacerdote o ministro del culto del reo, si éste lo pidiera.”

La pena de muerte no podía ser ejecutada en los días domingos ni cualquier otros que la ley designara como días festivos, de igual manera, el reo tenía derecho de pedir ayuda espiritual tres días antes de la ejecución según su religión y también se le permitía que realizara su testamento en ese momento. Cuando se consumara la ejecución, se le participaría a la población por medio de carteles en el lugar de la ejecución y en el domicilio del reo, expresando su nombre, y su delito; el cuerpo del reo no podía ser sepultado sin pompa alguna, ya que dicha contradicción podría acarrear el arresto menor o mayor de los familiares o amigos. La pena de Muerte prescribía a los quince años, contándose los días desde que el condenado se sustraía de la acción penal.

Es importante señalar que la Pena de Muerte resultaba aplicable en delitos como Robo, si éste traía como consecuencia la muerte del individuo o bien si este resultaba con heridas que le impidieran realizar su trabajo, así como el Robo que se ejecutara en caminos públicos en los cuales se cometiera homicidio, violación o se torturara a la persona de tal forma que se la causaran heridas que lo dejaran imposibilitado para trabajar de por vida. De igual forma ésta se aplicaba en el delito de Parricidio intencional, Plagio ejecutado en camino público y en el delito de Rebelión cuando éstos después del combate daban muerte a sus prisioneros.

BIBLIOGRAFIA

- ARRIOLA JUAN FEDERICO. LA PENA DE MUERTE EN MEXICO. Ed. TRILLAS. 29° ed. MEXICO. 1998. p.p. 141.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. 13° Ed. MEXICO. 1980. p.p. 958.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Ed. PORRUA. 36° ed. MEXICO. 1996. p.p. 350.
- DE LA MADRID HURTADO MIGUEL. ESTUDIOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed. P.R.I. MEXICO. 1980. p.p. 307.
- GONZALES URIBE HECTOR. TEORIA POLITICA. Ed. PORRUA. 4° ed. MEXICO 1989. p.p. 696.
- MONTEL Y DUARTE ISIDRO. ESTUDIO SOBRE GARANTIAS INDIVIDUALES. Ed. PORRUA. 3° ed. MEXICO 1979. p.p. 603.
- MORENO DANIEL. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Ed. PORRUA. MEXICO 1972. p.p. 291.
- MOTA SALAZAR EFRAIN. ELEMENTOS DEL DERECHO. Ed. PORRUA. 26° ed. MEXICO. 1980. p.p. 452.
- PEREZ DE LEON ENRIQUE. NOTAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 4° ed. MEXICO. 1981. p.p. 240.
- PORRUA PEREZ FRANCISCO. TEORIA DEL ESTADO. Ed. PORRUA. 29° ed. MEXICO. 1997. p.p. 511.
- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Ed. PORRUA. 4° ed. MEXICO 1978. p.p. 553.

- PRECIADO HERNANDEZ RAFAEL. LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Ed. UNAM. 19° ed. MEXICO. 1986. p.p. 313.
- RECASENS SINCHES LUIS. TRATADO GENERAL DE LA FILOSOFIA. Ed. PORRUA. 7° ed. MEXICO. 1981. p.p. 717.
- RIVERA SILVA MANUEL. EL PROCEDIMIENTO PENAL. Ed. PORRUA. 27° ed. MEXICO. 1998. p.p. 393.
- RUSSELL BERTRAND. AUTORIDAD E INDIVIDUO. Ed. FONDO DE CULTURA ECONOMICO. 5° ed. MEXICO. 1973. p.p. 125.
- RUSSELL BERTRAND. FUNDAMENTOS DE FILOSOFIA. Ed. PLAZA & JANES. BARCELONA. 1972. p.p. 673.
- STAMMLER RUDOLF. DOCTRINAS MODERNAS SOBRE EL DERECHO Y EL ESTADO. Ed. COMPAÑÍA GENERAL. MEXICO. 1941. p.p. 220.
- VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. Ed. PORRUA. 3° ed. MEXICO. 1975.
- VILLORO TORANZO MIGUEL. LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Ed. PORRUA. 4° ed. MEXICO. 1999. p.p. 537.

CODIGOS Y LEYES

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.