

LINEAMIENTOS  
ELEMENTALES DE  
DERECHO PENAL

LINEAMIENTOS  
ELEMENTALES DE  
DERECHO PENAL

---

FERNANDO CASTELLANOS

MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.—POR OPOSICIÓN, PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.—CATEDRÁTICO DE SOCIOLOGÍA GENERAL EN LA MISMA UNIVERSIDAD.—PRESIDENTE DEL COLEGIO DE PROFESORES DE CIENCIAS PENALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.—MIEMBRO DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES (ACADÉMICO DE NÚMERO).

# LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL

(PARTE GENERAL)

DECIMOPRIMERA EDICIÓN

Prólogo a la primera edición por el Dr.

CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP

PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO; EX-MAGISTRADO DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL; MIEMBRO DE NÚMERO DE LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES; DIRECTOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.



EDITORIAL PORRUA, S. A.

AV. REPUBLICA ARGENTINA, 15

MÉXICO, 1977

Primera edición: 1959

Derechos reservados

Copyright © 1977 por FERNANDO CASTELLANOS  
Golondrinas 16. México 13, D. F.

Esta edición y sus características son propiedad de la  
*EDITORIAL PORRÚA, S. A.*  
Av. República Argentina, 15, México 1, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

IMPRESO EN MÉXICO  
PRINTED IN MEXICO



*A mis alumnos de la  
Facultad de Derecho*

## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

*Me es muy satisfactorio poder señalar el valor de la obra del joven penalista FERNANDO CASTELLANOS TENA, la cual indiscutiblemente constituirá una guía insustituible para el estudiante universitario, al través de los problemas básicos de la Ciencia Penal. No es el mérito único —con ser ya grande— de este trabajo cuyas amplias proyecciones rebasan los ámbitos estudiantiles y suscitarán, sin duda alguna, la censura y el elogio de los doctos, pues en torno a toda producción relevante surge siempre la controversia científica.*

*Aunque el autor fue uno de mis discípulos más destacados en la cátedra del Curso Superior de Derecho Penal en el Doctorado de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma, es en realidad un joven compañero con brillante trayectoria en las labores docentes, en donde su vasta cultura general, su honda vocación e innegable saber, le han valido el desempeño de diversas cátedras.*

*FERNANDO CASTELLANOS TENA ha sido profesor de Sociología General e Historia Universal en Escuelas Normales. Impartió un curso de especialización en materia penal para los alumnos del quinto año, en la Escuela Libre de Derecho. Sustentó oposición y obtuvo la titularidad de la cátedra del primer curso de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha servido en la misma Facultad los dos cursos de Derecho Penal; en la actualidad enseña también Sociología General. Profesó la cátedra de Sociología Criminal en la Escuela de Ciencias Políticas y Sociales de nuestra máxima Casa de Estudios. El autor, cuya juventud es sólo cronológica, ha dedicado la mayor parte de su vida a la in-*

*grata tarea de la enseñanza, pero su dinamismo e inquietud, le han llevado a incursionar con éxito en la judicatura mexicana.*

*Capacitado por su ingente talento y amplios conocimientos jurídicos para tareas mayores, nos brinda ahora —en la iniciación de una producción que esperamos fecunda— las primicias de su obra "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", cuyas aportaciones podrá apreciar mejor el lector en sus páginas propias y no en éstas que le anteceden.*

*Este libro viene a sumarse al material jurídico penal existente de nuestros juristas consagrados. Basta recordar el juicio de JIMÉNEZ DE ASÚA emitido al valorar la obra de CARRANCÁ Y TRUJILLO: "Tiene el insuperable mérito de haber sido el primer tratado en Iberoamérica que, con sistema moderno, expone la dogmática penal."*

*Los "Lineamientos" abarcan la parte introductiva, la teoría de la ley, del delito y de la pena, observándose en ellos la ausencia de la teoría del delincuente.*

*El mejor homenaje que se puede hacer a este trabajo, es indicar sus excelencias y la importancia de su posición, franca y sin titubeo alguno, al adoptar el sistema analítico del delito, consecuencia de la enseñanza germánica. Así, comprobamos que la teoría del delito la divide en dos partes: estudio de cada uno de las notas esenciales del ilícito penal y de su respectivo aspecto negativo, y el análisis de la vida del delito, participación y concurso de delitos.*

*El orden seguido en el desarrollo de las fases positivas y negativa del delito, es: la conducta y su ausencia (Capítulo XV); la tipicidad y ausencia de tipicidad (Capítulo XVI); la antijuridicidad y su aspecto negativo (Capítulos del XVII al XXI); la imputabilidad e inimputabilidad (Capítulos XXII-XXIII); la culpabilidad e inculpabilidad (Capítulos XXIV-XXV-XXVI) y la punibilidad y su ausencia (Capítulo XXVII); orden o sistema que, como ha subrayado DÍAZ PALOS, "se adecúa perfectamente al método analítico imperante en la dogmática penal, de tal modo, que cada uno de los atributos del delito podrá ser considerado en esa doble vertiente metódica: positiva y negativa". Sin olvidar que los partidarios de la teoría analítica o atomizadora se mueven desde una concepción bitómica hasta una*

*heptatómica del delito, CASTELLANOS TENA adopta el criterio tetratómico cuando lo define como una conducta típica, antijurídica y culpable. Consecuentemente se adhiere sin reservas a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad. Realiza una interesante clasificación de los delitos sin dejar de incluir a los unisubsistentes, plurisubsistentes, unisubjetivos y plurisubjetivos. Al estudiar la conducta dedica bastantes líneas a la causalidad, la cual, como sabemos, viene a ser un elemento del hecho y solamente se presenta en los delitos en los que se produce un mutamiento en el mundo exterior, y se afilia el autor a la teoría de la "causa condicional", al afirmar: "La teoría de la equivalencia... es la acertada, por su carácter general que reconoce a las concausas la naturaleza de condiciones y resuelve satisfactoriamente el problema de la participación."*

El capítulo sobre la tipicidad está lleno de observaciones interesantes, destacándose la firme opinión de CASTELLANOS TENA, de que aquélla integra "un verdadero elemento esencial del delito". Señala y define con gran acierto la ausencia de tipo y de tipicidad.

Trata con bastante extensión el aspecto negativo de la anti-juricidad, sobresaliendo su pensamiento claro y preciso cuando terminantemente expresa: "No se piense que la enumeración hecha por las leyes de las causas excluyentes de responsabilidad penal tiene carácter limitativo; antes bien, es puramente enunciativo. Todas aquellas causas que borren o nulifiquen alguno de los elementos del delito, impedirán su configuración. Sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supralegales."

Al desarrollar la imputabilidad, está de acuerdo en que no es elemento esencial del delito, pero se cuida de asentar que debe entenderse como presupuesto o soporte del elemento culpabilidad. En la inimputabilidad incluye los estados de inconsciencia y el miedo grave, que creemos, puede ocupar éste en ocasiones el sitio de una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

Es sumamente interesante el estudio de la culpabilidad, al referirse a los temas centrales. Seguidamente alude al caso for-

*tuito, considerado por algunos como "el limite de la culpabilidad"; el autor estima que en el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable, tratándose de un problema de metaculpabilidad.*

*De importancia es el juicio postulado por CASTELLANOS TENA, respecto a la inculpabilidad. Cree que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, "porque no se ha podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad se anula en presencia de ella, ya que el código mexicano se afilia a la teoría psicologista".*

*En el debatido problema de si la punibilidad es o no un elemento del delito, opta por sumarse a la corriente que le niega tal carácter, aduciendo interesantes argumentos. Igualmente niega a las condiciones objetivas de penalidad, el rango de elementos del delito: "Si las contiene la descripción legal, se tratará de elementos o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos."*

*La segunda esfera del delito merece igualmente su atenta consideración. Estudia con esmero cada uno de los temas que la componen e incluye el problema del "curso aparente de leyes", el cual como anota JIMÉNEZ DE ASÚA, ha estado hasta hace poco casi inédito en lengua castellana; institución que, a nuestro juicio, quedaría mejor ubicada al final de la teoría de la ley penal, por tratarse de una cuestión de aplicabilidad de la norma penal. En fin, forma parte de los "Lineamientos", la teoría de la pena, elemento del Derecho Penal que podría completarse con las medidas de seguridad, como indica, entre otros, CUELLO CALÓN.*

*El autor alienta la esperanza de que esta obra sea útil a los alumnos, para la preparación de sus exámenes, y que si logra además despertar en ellos el interés por un estudio más profundo del Derecho Penal, entonces su esfuerzo resultará provechoso e imborrable su satisfacción.*

*Con este trabajo, cumple CASTELLANOS TENA un compromiso con la juventud estudiosa como profesor universitario. En otra ocasión manifesté que la misión universitaria persigue sal-*

*var a la juventud de la gran crisis por la cual el mundo de hoy atraviesa, creando valores morales, espíritus elevados y brindándole un conocimiento claro y profundo de nuestros problemas fundamentales del mundo y de la vida, y vigorizando los ideales que nos inspiran y por los cuales lucha la humanidad.*

*A los jóvenes mexicanos, como FERNANDO CASTELLANOS TENA, los necesita la patria y los necesitan las causas políticas, morales, jurídicas y sociales más nobles, por cuya victoria aún se debate el mundo. Esa meta no se ha alcanzado, ni se logrará con las armas; habrá que obtenerla, como él lo pretende, con el trabajo cotidiano al servicio de las ideas que combaten por el triunfo con otras fuerzas: las invencibles del sacrificio, de la inteligencia y de la convicción.*

*Pensamos que el impulso de la juventud y de sus guías, es un esfuerzo por México, por su prosperidad, por su prestigio y por el triunfo de nuestra fe en su destino.*

CELESTINO PORTE PETIT

*México, D. F., septiembre de 1959.*

---

## INTRODUCCIÓN

# I

## GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES

SUMARIO: 1. Del Derecho en general.—2. Necesidad del Derecho Penal.—3. Partes en que se divide el estudio del Derecho Penal.—4. El Derecho Penal.—5. La Denominación.—6. El Derecho Penal y las otras ramas del Derecho.—7. El Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo.—8. El Derecho Penal sustantivo y el Derecho Penal adjetivo.—9. Relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas jurídicas.—10. Ciencia del Derecho Penal y Dogmática Jurídico Penal.—11. Las Ciencias Penales.

→ *mezclada sin distinción*

1. DEL DERECHO EN GENERAL. El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifiéstase como *un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.* Se ha expresado que el Derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, mas indudablemente tal sistematización inspírase en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: *la paz y seguridad sociales.* ✓

2. NECESIDAD DEL DERECHO PENAL. Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está natu-



ralmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

3. PARTES EN QUE SE DIVIDE EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL. El estudio sistemático del Derecho Penal se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle. Todos coinciden, sin embargo, en señalar dos partes: la General y la Especial. La primera (constitutiva del objeto de estos Lineamientos) la dividiremos en *Introducción*; *Teoría de la Ley Penal*; *Teoría del Delito*; y, *Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad*.

En la *Introducción* trataremos las generalidades sobre el Derecho Penal y las Ciencias Penales; evolución de las ideas penales; la Historia del Derecho Penal, y las principales Escuelas Penales.

Dentro de la *Teoría de la Ley Penal* estudiaremos las fuentes del Derecho Penal; la interpretación de la Ley Penal; y, finalmente, los ámbitos de validez de la Ley Penal (material, espacial, temporal y personal).

La *Teoría del Delito* comprenderá, fundamentalmente, generalidades sobre la definición; concepto; elementos; factores negativos; la vida del delito; la participación; y, el concurso. Muchos autores incluyen la *Teoría del Delincuente*; nos ocuparemos de su estudio dentro de la misma Teoría del Delito. También otras disciplinas causales explicativas tienen por objeto de conocimiento al delincuente, desde puntos de vista ajenos al campo propiamente jurídico, normativo por excelencia.

La *Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad* nos permitirá conocer someramente la distinción entre ambas instituciones; su concepto; clasificación e individualización; la condena condicional; y, la libertad preparatoria. Después nos referiremos en forma brevísima a otras cuestiones de importancia, sin omitir el estudio de la pena capital.

El Segundo Curso de Derecho Penal se ocupa de la Parte Especial, comprensiva del estudio de los delitos en particular y de las penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.

## ESQUEMA

✓ Derecho Penal	Parte General	Introducción. ✓
		Teoría de la ley penal. ✓
		Teoría del delito (incluye, por supuesto, el estudio del delincuente). ✓
	Parte Especial	Teoría de la pena y de las medidas de seguridad.
		Delitos en particular.
		Penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.

4. EL DERECHO PENAL. La expresión Derecho Penal, como certeramente afirma Maggiore,<sup>1</sup> se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena.

Desde el primer punto de vista, el Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social (ver núm. 8, párrafo 2°).

Por Derecho público entiéndese el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho privado, regulador de situaciones entre particulares. Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, mas tal criterio no es certero, pues todo el Derecho (también el privado) lo dicta y aplica el Estado. Hay necesidad, en con-

<sup>1</sup> *Derecho Penal*, I, Ed. Temis Bogotá. 1954, pág. 3.

secuencia, de atender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho público; en cambio, si la disposición rige sólo relaciones entre particulares, formará parte del Derecho privado. Por ende, el Derecho Penal es una rama del Derecho público, no por emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo Derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone, sino porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido. En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados.

Como por otra parte el Derecho Penal está dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, se le considera una rama del Derecho interno, sin constituir excepción los convenios celebrados entre los países para resolver cuestiones de naturaleza penal, pues esos tratados no son sino actos de voluntad soberana de quienes los suscriben.

5. LA DENOMINACIÓN. El término *Derecho Penal* no es el único con el cual suele designarse a nuestra disciplina. Se le denomina también *Derecho Criminal*, *Derecho de Defensa Social*, etcétera. Nosotros, no únicamente por razones de tradición, sino de fondo, preferimos conservar el nombre *Derecho Penal*; la expresión *Derecho Criminal* no sólo se presta a confusiones por cuanto en algunas legislaciones se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas, sino porque en nuestro medio la Ley únicamente alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos los que en otros países se denominan crímenes. La connotación *Derecho de Defensa Social*, es equívoca; todo el Derecho y no sólo el penal se dicta para la defensa de la sociedad. Los breves lineamientos apuntados reafirman el criterio correcto, en el sentido de usar la expresión *Derecho Penal*.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> La expresión *Derecho Criminal*, dentro de la doctrina italiana, es relativamente nueva, pero no ha logrado obtener carta de naturalización; la gran mayoría de penalistas sigue hablando de *Derecho Penal* (Diritto

## 6. EL DERECHO PENAL Y LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO.

El Derecho integra un todo armónico; su misión es única: proporcionar un mínimum de certeza y seguridad en la vida gregaria. Razones prácticas han motivado su división, sin existir una diferencia esencial entre sus diversas partes. El Derecho Penal sólo se distingue de otras ramas por la mayor reacción del poder del Estado; éste responde con más energía frente al delito que ante las violaciones a normas civiles, administrativas o de otra índole; en consecuencia, la distinción entre el Derecho Penal y las otras disciplinas jurídicas, es sólo de grado, mas no de esencia.

## 7. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO.

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados.<sup>3</sup> Para Pessina es el conjunto de principios relativos al castigo del delito.<sup>4</sup> Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia.<sup>5</sup> Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.<sup>6</sup>

En México Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.<sup>7</sup>

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el

Penale). Aunque aquel término sí puede reputarse *antiguo* en Alemania, al decir de Jiménez de Asúa, en la actualidad se encuentra casi abandonado, pero todavía hay autores, como Mezger, que lo consideran más apropiado.

<sup>3</sup> Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, I, pág. 8. 8ª Ed.

<sup>4</sup> *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1892, pág. 1.

<sup>5</sup> *Tratado de Derecho Penal*, Reus. Madrid, 1926, t. I, pág. 5.

<sup>6</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. I, págs. 27 y 28. 1946.

<sup>7</sup> *Derecho Penal Mexicano*, I, pág. 17. 4ª Edición. En igual sentido E. Brusa en sus Prolegómenos.

*jus puniendi*; es el derecho a castigar.<sup>8</sup> Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.<sup>9</sup> Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal.<sup>10</sup>

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

8. EL DERECHO PENAL SUBSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO. Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y a las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera substancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación Derecho Penal sustantivo o material. Para Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.<sup>11</sup>

Conviene señalar, por lo menos, que las medidas de seguridad y los tratamientos para niños o enfermos autores de actos típicos del Derecho Penal, no integran propiamente a éste; se trata de reglas paralelas al Derecho Penal; por ello, sin desconocer la diferencia de esas normas con las propiamente penales, las seguiremos considerando como pertenecientes a dicha rama del Derecho.

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

<sup>8</sup> ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Derecho Penal*, pág. 7.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pág. 8.

<sup>10</sup> *Ensayo de una Teoría Jurídica del Derecho Penal*. México, pág. 33.

<sup>11</sup> *Tratado de Derecho Penal*, I, pág. 83. Buenos Aires. 1939.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, I, pág. 93.

El Derecho Procesal suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares. Eusebio Gómez expresa que el Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal; <sup>12</sup> según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es el conjunto de reglas que norma la actividad estatal que tiene por objeto el estabonamiento del delito con la sanción.<sup>13</sup>

9. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS. Como el Derecho Penal es una parte del todo jurídico, no pueden negarse sus íntimas relaciones con las demás ramas, aun cuando adquieren carácter fundamental por cuanto al Derecho Constitucional respecta, por lo que sólo nos referimos aquí a este aspecto de la cuestión.

El Derecho Constitucional tiene por objeto establecer la forma y organización del Estado y la fijación de los límites a la actividad del poder público frente a los particulares. En otras palabras: Estructura al Estado y sus funciones y reconoce las garantías tanto individuales como de grupo;\* por ello incuestionablemente el Derecho Constitucional es quien señala al Penal su órbita de acción; si la Constitución es la Ley fundamental en la vida del Estado, reparte competencias y finca barreras a las autoridades frente a los individuos, las orientaciones constitucionales sin duda marcan el cauce del Derecho Penal.

Las garantías de naturaleza penal encuentran, pues, su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la Constitución como Ley suprema; por lo tanto son de incalculable importancia las relaciones entre ambas disciplinas. Como dice Villalobos, "el Derecho Constitucional sienta las bases de todo sistema político y jurídico del Estado, dando las normas principales para estimar como delictuosos los actos que se hallan en desacuerdo con el

<sup>13</sup> *El Procedimiento Penal*, México, pág. 17.

\* Aludimos a la acepción común del vocablo *garantía*, como derecho natural del hombre reconocido en la Ley Suprema, pero en realidad la palabra *garantía* entraña la idea de aseguramiento eficaz de un bien; por ello, desde este último punto de vista, sólo es garantía el medio por el cual se logra esa seguridad, el método procesal adecuado. (En este sentido en nuestro trabajo. "Las Garantías del Acusado", en la obra "Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán", publicación de la Coordinación de Humanidades de la UNAM, México, 1964.)

sistema preconizado; en él se establecen garantías y formas de persecución y de protección que no podrán ser transgredidas; y los conceptos allí aceptados respecto a la libertad y sus límites, a la organización pública y sus exigencias, darán el tono para el desarrollo legislativo y muy especialmente para el Derecho Penal".<sup>14</sup>

10. CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL. Para Eugenio Cuello Calón, la Ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad.<sup>15</sup> Se trata de una sistematización cuyo objeto lo constituyen las normas que definen los actos seriamente trastornadores del orden social y las medidas adecuadas para su prevención y represión.

En los sistemas de Derecho liberal como el nuestro, sólo la Ley establece delitos y penas. Así lo manda la Constitución Federal en su artículo 14. En consecuencia, para el penalista la Ley es como un verdadero dogma; debe tenerse por verdad firme y cierta, base de toda investigación. La Dogmática Jurídico Penal es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo.<sup>16</sup>

Suele identificarse la Dogmática Jurídico Penal con la Ciencia del Derecho Penal. Contra la opinión general, consideramos a la primera, parte de la segunda. Mientras el Derecho Punitivo es conjunto de normas, la Ciencia del Derecho Penal intégrase por principios cuyo objeto es, desde luego, el estudio de las normas positivas, pero también, como expresa el Maestro Villalobos, fijar la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado.<sup>17</sup> Nótese que la Ciencia del Derecho Penal es más amplia (comprende en su seno a la Dogmática). Por ende, la Ciencia del Derecho que nos ocupa, no sólo

<sup>14</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 18, 2ª Edic. Porrúa, 1960.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, I, pág. 12.

<sup>16</sup> Para un estudio más amplio sobre la cuestión, puede verse *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, de Celestino Porte Petit, México, 1954.

<sup>17</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 19, 2ª Ed. Porrúa, 1960.

tiene por objeto la ley positiva, sino igualmente la formulación de la nueva. En concreto: La Dogmática es una rama de la Ciencia del Derecho Penal cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo.

11. LAS CIENCIAS PENALES. Por su naturaleza, la Ciencia del Derecho Penal es esencialmente normativa; su objeto lo constituye, de modo esencial, el estudio del Derecho Penal en forma ordenada, sistemática y racional; pero al lado de ella existen otras ciencias diversas en sus objetos y métodos; se trata de disciplinas causales explicativas conocidas con el nombre genérico de *Ciencias Penales*; no intentan guiar la conducta humana, sino explicar causas, estudiar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción. No existe hasta la fecha unidad de criterio entre los autores respecto a las ciencias propiamente penales; en general se les incluye en una disciplina más amplia: la Criminología, que se ocupa, al decir de don Constantino Bernaldo de Quirós, del estudio del delito considerado como fenómeno biológico y social, como algo vivo, caliente, palpitante, sangrante, a la manera de la Historia Natural en toda su amplitud minuciosa.<sup>18</sup>

La Criminología representa, pues, el término de muchas *Ciencias Penales*, entre las cuales destacan la Antropología, la Sociología, la Endocrinología, la Psicología y la Estadística criminales. Al lado de estas disciplinas existen otras, conocidas bajo el nombre de *Ciencias Auxiliares del Derecho Penal*; entre ellas sobresalen la Medicina Legal y la Criminalística.

a) La Antropología Criminal tiene por objeto el estudio del hombre delincuente; investiga las causas biológicas del delito; se le denomina también Biología Criminal. Esta ciencia, de muy antigua raigambre, adquirió un enorme desarrollo con los estudios del positivista italiano César Lombroso, quien en el año de 1876 publicó el libro titulado "El Hombre Delincuente". Para este autor, el criminal congénito o nato es un sele-atávico, con regresión al salvaje. La doctrina lombrosiana descansa en tres puntos fundamentales explicativos de la delincuencia, a saber: el atavismo, la locura moral y la epilepsia; los delincuen-

<sup>18</sup> *Criminología*, pág. 8, 2ª Edic. Cajica. Puebla, México.



tes natos representan el *tipo criminal*, tan discutido en nuestro tiempo.

Las doctrinas de Lombroso han caído en desuso, por haber sido objeto de incontables rectificaciones que han venido a demostrar la naturaleza heterogénea del delito, con exclusión de un solo elemento causal, pues surge como resultante de múltiples factores. Debe sin embargo reconocerse que merced a las investigaciones del sabio positivista italiano, se han desarrollado los estudios del *factor personal* en la producción del delito.

b) La Sociología Criminal estudia la delincuencia desde el punto de vista social, pretende hallar sus causas, más que en el factor personal, en el medio ambiente. El positivista italiano Enríque Ferri dio gran impulso a esta ciencia y por eso se le considera el padre de la Sociología Criminal. No debe olvidarse, sin embargo, que el creador de la Sociología General fue Augusto Comte.

c) La Endocrinología Criminal propiamente aparece como ciencia en este siglo, debido a los estudios de Nicolás Pende y de su discípulo Giuseppe Vidoni. Tal disciplina intenta descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna; trata de demostrar la decisiva influencia de las hormonas en la etiología y aparición del delito. Para sus creadores, el desequilibrio de las secreciones glandulares engendra trastornos en la conducta humana que, a su vez, motivan el delito. Esta ciencia bien podría formar parte de la Antropología Criminal.

d) La Psicología Criminal es en realidad una rama de la Antropología Criminal; estudia al hombre delincuente en sus caracteres psíquicos. La Psicología Criminal adquiere una importancia extraordinaria con los estudios del psiquiatra vienés Sigmundo Freud (1856-1939) y de su discípulo y después contradictor Alfredo Adler (1870-1937).

Para el primero, el delito es el resultado del "ello", es decir, del instinto, que triunfa sobre el "super yo", o sea la conciencia moral. Según Bernaldo de Quirós, el "ello" es un vocablo pintoresco y feliz que no puede sustituirse y sirve de signo a la energía vital de la carne, con todas sus apetencias.<sup>10</sup> Para Freud

<sup>10</sup> Op. cit., pág. 85.

no sólo el delito, sino todos los fenómenos humanos, tienen una fuente de producción de tipo sexual. Es la freudiana, una doctrina eminentemente pansexualista. Merced al empleo del psicoanálisis intenta descubrir los llamados "complejos", o sea los conflictos entre el "ello" y el "super yo", tales conflictos son siempre de tipo sexual, resultado de actos fallidos o mal logrados.<sup>20</sup> Los complejos más comunes son el de Edipo (amor sexual hacia la madre y hostilidad hacia el padre o a quien lo represente), el de Narciso (enamoramiento de sí mismo, por exaltación de las propias cualidades, físicas, o de otra índole), el de Electra (amor sexual hacia el padre y hostilidad hacia la madre), el de Diana (relativo a la continencia sexual de las doncellas; recuerda la leyenda según la cual Diana, en defensa de su castidad, mató a Orión y transformó a Acteón en ciervo), etc. El psicoanálisis consiste en escudriñar la subconciencia por medio de las palabras y de los símbolos que emite el sujeto a estudio. Generalmente el psicoanálisis se practica narcotizando previamente a la persona, para asegurar la espontaneidad de sus ideas, y entonces se denomina *narco-análisis*.

Adler en su libro *Teoría de la Psicología Individual* (1920), expresa que lo definitivo, el impulso motor en la vida es el sentimiento de la propia personalidad. Consiguientemente —dice Bernaldo de Quirós—, en esta nueva concepción, el delito es una resultante del complejo de inferioridad, adquirido en virtud de disminuciones de los valores personales, orgánicos y sociales, que trata de superar la tendencia del hombre al poder, en virtud de supracompensaciones adecuadas, no sin el cortejo de conflictos internos y externos consiguientes.<sup>21</sup>

Nótese que tanto el pansexualismo freudiano como la tesis personalista de Adler, son doctrinas eminentemente positivistas

---

<sup>20</sup> ALFONSO QUIROZ CUARÓN explica en sus clases de Criminología en la Facultad, que el *yo* es la parte del psiquismo que caracteriza y enjuicia nuestra personalidad, modificada por la influencia directa de la realidad externa. El *ello* es lo verdadero inconsciente, representado por lo más profundo de la psique, en donde residen los impulsos intuitivos dominados por el principio del placer, que conducen a la satisfacción impulsiva y ciega de los deseos. El *super yo* es la parte del psiquismo que critica al yo. (Notas.)

<sup>21</sup> *Op. cit.*, pág. 88.

(como el materialismo histórico, para el cual el delito no es sino la resultante de las desigualdades económicas), pues aquellas teorías conciben el crimen como consecuencia, en última instancia, de los apetitos sexuales frustrados, o de la disminución de los valores personales.

e) La Estadística Criminal. —Al decir de Cuello Calón— nos da a conocer las relaciones de causalidad existentes entre determinadas condiciones personales, determinados fenómenos físicos y sociales y la criminalidad; pone de relieve sus causas, muestra su aumento o disminución y sus formas de aparición.<sup>22</sup> Mediante la estadística criminal es posible llegar a generalizaciones en materia de delitos en una región dada y en un cierto momento histórico. Las conclusiones de la estadística criminal, a pesar de su utilidad indiscutible, deben ser tomadas en cuenta con ciertas restricciones, porque el delito, por su carácter complejo, no puede ser manejado exclusivamente con base en datos estadísticos.

f) Dos son las principales, mas no las únicas, Ciencias Auxiliares del Derecho Penal: La Medicina Legal y la Criminalística. La primera tiene por objeto poner al servicio de la administración de la justicia penal los conocimientos y las técnicas médico-quirúrgicas. Es sabido que en la investigación de infinidad de delitos y en el tratamiento de los delinquentes, se requiere el auxilio de médicos forenses, sobre todo con relación a los llamados delitos de sangre, así como en los de tipo sexual. El médico legista no sólo examina a los sujetos activos, sino también a las víctimas y procura establecer, dentro de las posibilidades de la ciencia, el nexo causal entre el autor y el resultado; ayuda con ello, en forma inestimable, a hacer realidad la aplicación del Derecho Penal.

La *Psiquiatría Médico-legal* es una especialidad dentro de la medicina legal y tiene por objeto el estudio de los sujetos del delito en sus funciones psíquicas e indica los tratamientos adecuados para los que padecen enfermedades o anomalías mentales. La opinión del psiquiatra forense resulta de gran utilidad, también, para la determinación de la responsabilidad o irres-

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pág. 29.

ponsabilidad de algunos autores de hechos típicos del Derecho Penal en condiciones psíquicas especiales.

La Criminalística, según Cuello Calón, está constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del *modus operandi* del delito, y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.<sup>23</sup> Trátase de diversas ciencias y artes para investigar los delitos y descubrir a los delincuentes.

No debe darse por terminado este capítulo sin hacer referencia a la Política Criminal, definida como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. En realidad, esta disciplina no es sino el aprovechamiento práctico, por parte del Gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.

---

<sup>23</sup> *Op. cit.*, pág. 35.

## II

### EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES

SUMARIO: 1. Períodos que comprende la evolución de las ideas penales.—2. De la venganza privada.—3. De la venganza divina.—4. De la venganza pública.—5. Período humanitario.—6. La etapa científica.

1. PERÍODOS QUE COMPRENDE LA EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES. A lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas según los distintos pueblos. Los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes, a saber: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el período humanitario. Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos, denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

Antes de iniciar el estudio de cada uno de los períodos, debe advertirse que en ellos aparece, con sensible relieve, el principio de donde toman su nombre; sin embargo, no se substituyen íntegramente; cuando surge el siguiente no puede considerarse desaparecido plenamente el anterior; en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aún contrarias. Si observamos nuestra legislación misma, nos daremos cuenta de que todavía perviven reminiscencias de los períodos penales de antaño.

2. DE LA VENGANZA PRIVADA. A esta etapa suele llamársele también venganza de la sangre o época bárbara. “En el primer período de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza la *ratio essendi* de todas las acti-

vidades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones dondequiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales.”<sup>1</sup>

Según se ve, en este período la función represiva estaba en manos de los particulares. Como afirman los tratadistas, si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza. Mas no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna; sólo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

La venganza privada se conoce también como venganza de la sangre, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su naturaleza denominados de sangre. Esta venganza recibió, entre los germanos, el nombre de *blutrache*, generalizándose posteriormente a toda clase de delitos.

Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión ojo por ojo y diente por diente, para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal

<sup>1</sup> IGNACIO VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, pág. 24, 2ª Edic. Porrúa, 1960.

de igual intensidad al sufrido. Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable.<sup>2</sup>

Además de la limitación talionaria, surgió más tarde el sistema de composiciones, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

3. DE LA VENGANZA DIVINA. Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

"Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo."<sup>3</sup>

En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia repressiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo; esto no debe resultarnos extraño si atendemos a que los judíos han sido siempre eminentemente religiosos.

4. DE LA VENGANZA PÚBLICA. A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público.

<sup>2</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, I, pág. 55, Edic. 1953, Buenos Aires.

<sup>3</sup> VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 25.

Es entonces cuando aparece la etapa llamada "venganza pública" o "concepción política"; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Con justicia Cuello Calón afirma que en este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnimodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta el siglo XVIII.<sup>4</sup>

No sólo en Europa imperó esta concepción, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En este período la humanidad, puntualiza Carrancá y Trujillo, aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos ("oubliettes" de oublier, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos); la jaula, de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el "pilori", rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.<sup>5</sup>

5. EL PERÍODO HUMANITARIO. Es una ley física que a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pág. 52 y ss.

<sup>5</sup> *Derecho Penal Mexicano*, I, 4ª Edición, pág. 60, 1955.



sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonnesana, Marqués de Beccaria, aun cuando no debe desconocerse que también propugnaron por este movimiento Montesquieu, D'Alembert, Voltaire, Rousseau y muchos más.

"En el terreno de las ideas —escribe Villalobos—, ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamientos que sin este recurso pudieran permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas; buen ejemplo de ellos Voltaire, Juan Jacobo Rousseau, Carlos Marx y Enrico Ferri. Por lo que ve a la reforma penal, fue acertadamente designado por el destino y por algunos amigos suyos de la revista "Il Caffè" el joven Bonnesana, Marqués de Beccaria. Su síntesis admirable vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor; pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes. En este libro titulado *Dei delitti e delle pene*, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración..."<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, págs. 28 y ss.

De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.

b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.

c) Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.

d) Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley.

e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; y,

f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle.

Al Marqués de Beccaria se le considera, por algunos, como el iniciador de la Escuela Clásica. Estima Florián que Beccaria no es su fundador por ser superior a las escuelas; pero es el apóstol del Derecho Penal renovado del cual inauguró la era humanista y romántica, con espíritu más filantrópico que científico.

6. LA ETAPA CIENTÍFICA. Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del período científico. Esta etapa, en rigor, se inicia con la obra del marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien, como se verá en temas posteriores, es el principal exponente de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

Algunos autores señalan, como principio del período científico, las doctrinas de los positivistas de fines de la pasada centuria; no obstante, tales estudios no forman propiamente parte del Derecho Penal, según se demostrará en su oportunidad; los

positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no Derecho, normativo por esencia. Por otra parte, para la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en forma ordenada y sistemática; tal cosa ocurre a partir de la obra admirable del Marqués de Beccaria; en consecuencia, es desde entonces cuando surge el período científico. Sin embargo, ya antes de Beccaria hubo inquietud por el estudio de los problemas del Derecho Penal y se hicieron algunas sistematizaciones para tratar de resolverlos convenientemente.

### III

## DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

SUMARIO: 1. Importancia del estudio de la historia del Derecho Penal.—2. El derecho Precortesiano.—3. El pueblo Maya.—4. El Derecho Penal en el pueblo Tarasco.—5. El Derecho Penal entre los Aztecas.—6. El Derecho Penal Colonial.—7. México Independiente.—8. La Codificación Penal.

1. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL. La Historia en general, es la narración ordenada y sistemática de hechos importantes que han influido en el desarrollo de la civilización de la humanidad. Aplicando tales conceptos a nuestra disciplina, podemos decir que la Historia del Derecho Penal, es también la narración sistemática de las ideas que han determinado la evolución y desarrollo del Derecho represivo.

La Historia del Derecho Penal —afirma certeramente Villalobos— no se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y de utilidad, sino por el beneficio que reporta, para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el Derecho en su elaboración.<sup>1</sup> Es importante tener una idea, así sea somera, de la evolución, a lo largo del tiempo, de las instituciones y los conceptos, a fin de poseer una visión clara de tales cuestiones y aprovechar así las experiencias pasadas para

<sup>1</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 23, 2ª Edic. Porrúa, 1960.

la solución de los problemas del presente. Conviene, sin embargo, cuidarse para no incurrir en el error —harto frecuente—, de querer aplicar a nuestro medio tan *sui generis*, las doctrinas que han germinado en suelos diversos. A veces por el deseo de demostrar conocimientos sobre situaciones extrañas, sin reserva nos arrodillamos ante ellas e intentamos, sin una minuciosa adaptación, trasplantarlas a nuestra patria.

De enorme interés es el estudio del Derecho Penal en los diversos países, pero en atención al carácter elemental de esta obra, nos hemos conformado con bosquejar, en el tema anterior, la evolución ideológica penal en general, sin aludir a pueblo alguno en concreto, para ocuparnos brevemente en este capítulo, sólo de la Historia del Derecho Penal en México.

2. EL DERECHO PRECORTESIANO. Muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir únicamente al Derecho de tres de los pueblos principales encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América: el maya, el tarasco y el azteca. Se le llama Derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los tres señoríos mencionados, sino también al de los demás grupos.

3. EL PUEBLO MAYA. Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Dice Chavero<sup>2</sup> que el pueblo Maya no usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables.

4. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO. De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de otros núcleos; mas se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despenar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.

El derecho de juzgar estaba en manos del Calzontzi; en ocasiones la justicia la ejercía el Sumo Sacerdote o Petámuti.

5. EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS. De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas. Aun cuando su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista. Este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios recientes, llevados al cabo por el Instituto Indigenista Interamericano, los nahoas alcanzaron metas insospechadas en materia penal.

Expresa Vaillant<sup>3</sup> que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y

<sup>2</sup> *Historia Antigua y de la Conquista, México a Través de los Siglos*, t. I. cap. X.

<sup>3</sup> *La Civilización Azteca*, págs. 153 y ss. Fondo de Cultura Económica, 1944.

fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se complementaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

De tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de la tribu: quienes violaban el orden social eran colocados en un estatu graduado de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud; el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado significaba la muerte por las tribus enemigas, por las fieras, o por el propio pueblo.

En un principio escasearon los robos y delitos de menor importancia, cuando las relaciones de los individuos entre sí estaban afectas a la responsabilidad solidaria de la comunidad, pero a medida que la población creció y se complicaron las tareas y formas de subsistencia, aumentaron los delitos contra la propiedad y se provocaron otros conflictos e injusticias.

Por otra parte, el pueblo azteca, esencialmente guerrero y combativo, educaba a los jóvenes para el servicio de las armas; la animosidad personal se manifestaba en derramamientos de sangre, debilitándose la potencialidad guerrera de la tribu y fue preciso crear tribunales que ejercieran su jurisdicción en estos asuntos.

De acuerdo con la autorizada opinión de Esquivel Obregón,<sup>4</sup> en tanto el Derecho civil de los aztecas era objeto de tradición oral, el penal era escrito, pues en los Códigos que se han conservado se encuentra claramente expresado; cada uno de los delitos se representaba mediante escenas pintadas, lo mismo las penas.

El Derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno o la persona misma

<sup>4</sup> *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, t. I, pág. 81. Edic. Polis, 1937.

del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la de muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Según el investigador Carlos H. Alba,<sup>5</sup> los delitos en el pueblo Azteca pueden clasificarse en la siguiente forma: contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio.

---

<sup>5</sup> *Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*. Transcribimos algunos tipos de delitos tomados de la misma obra. Entre los *Delitos contra la seguridad del Imperio* figura: "A los nobles o plebeyos que cometan el delito de traición al soberano se les castigará con el descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de su casa y esclavitud para sus hijos." Como ejemplo de delito "Contra la Moral Pública" podemos citar el siguiente: "Los hombres homosexuales serán castigados con la muerte. El sujeto activo será empalado, y al pasivo se le extraerán las entrañas por el orificio anal. A las mujeres homosexuales se les aplicará la pena de muerte por garrote." Dentro del Título "Delitos contra el Orden de las Familias" se lee: "El que injurie, amenace o golpee a su padre o a su madre será castigado con la pena de muerte y se le considerará como indigno de heredar, por lo que sus descendientes no podrán suceder a sus abuelos en los bienes de éstos." Por último transcribimos el siguiente precepto que se incluye en el Título "Delitos contra las Personas en su Patrimonio": "No cometerá el delito de robo el viajero o caminante que durante su viaje y con el deseo de saciar el hambre, tome menos de veinte mazorcas de maíz de las plantas que se encuentren en la primera ringlera a la orilla del camino."



6. EL DERECHO PENAL COLONIAL. La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes; los integrantes de éstas fueron los siervos y los europeos los amos, por más que en la legislación escrita, como dice don Miguel S. Macedo,<sup>6</sup> se declarara a los indios hombres libres y se les dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.

En nada de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de cosas, a pesar de la disposición del Emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue netamente europea.

En la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596<sup>7</sup> se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios, "excusado de tiempo y proceso". Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupacio-

---

<sup>6</sup> *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, pág. 11. Editorial Cultura, 1931.

<sup>7</sup> Recuérdesse, sin embargo, que antes hubo dos recopilaciones, una ordenada por el Virrey don Luis de Velasco (*Cedulario de Puga*, 1563) y otra hecha por mandato del Rey Felipe II (*Colección de Ovando*, 1571).

nes o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.<sup>8</sup>

7. MÉXICO INDEPENDIENTE. Apenas iniciado por Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año Morelos decretó, en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud,<sup>9</sup> confirmando así el anterior Decreto expedido en Valladolid por el Cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente (1838) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.

Como resumen de esta época —asienta Ricardo Abarca—,<sup>10</sup> nos queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado.

<sup>8</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, t. I, p. 78, 4ª Edic. 1955.

<sup>9</sup> *Legislación Indigenista de México*, pág. 23, núm. 38 de las Ediciones del Instituto Indigenista Interamericano, México, 1958.

<sup>10</sup> *El Derecho Penal en México*, pág. 109. 1941.

8. LA CODIFICACIÓN PENAL. La primera codificación de la República en materia penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835; el Proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fue el Estado de Veracruz la Entidad que primeramente contó con un código penal local, pues si bien en el Estado de México se había redactado en 1831 un Bosquejo General de Código Penal, no llegó a tener vigencia.<sup>11</sup> Es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el veracruzano de 5 de mayo de 1869, pero como se ha visto, lo fue el de 1835. En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción de un proyecto de Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa durante el Imperio de Maximiliano. (Don Luis Garrido indica que en esta época el Emperador mandó poner en vigor en México el Código Penal Francés). En 1868 se formó una nueva Comisión, integrada por los señores licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona que trabajó teniendo como modelo de inspiración el Código español de 1870; al año siguiente (7 de diciembre de 1871) fue aprobado el proyecto por el Poder Legislativo y comenzó a regir, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en la federal, el día primero de abril de 1872. Este Ordenamiento se conoce como Código de 71, o Código de Martínez de Castro y se afilió, como su modelo, a las tendencias de la Escuela Clásica. Estuvo vigente hasta 1929.

En 1903 el Presidente, General Porfirio Díaz, designó una Comisión, presidida por el licenciado Miguel S. Macedo, para llevar a cabo una revisión de la legislación penal. Los trabajos se terminaron hasta el año de 1912, sin que el Proyecto de Reformas pudiera plasmar debido a que el país se encontraba en plena revolución.

Siendo Presidente de la República el licenciado Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, conocido como Código Almaraz, por haber formado parte de la Comisión Redactora

<sup>11</sup> CELESTINO PORTE PETIT, *Evolución Legislativa Penal en México*, págs. 10 y ss. Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965.

el señor licenciado José Almaraz, quien expresa que se acordó presentar un Proyecto fundado en la Escuela Positiva.<sup>12</sup>

Se ha censurado este cuerpo de leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica. Pueden señalarse, sin embargo, varios aciertos, entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. Defectos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código, de efímera vigencia, pues sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

Al día siguiente (17 de septiembre de 1931) entró en vigor el que rige en la actualidad. Fue promulgado por el Presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado en el "Diario Oficial" el 14 del mismo mes y año, con el nombre de "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".<sup>13</sup> Integraron la Comisión Redactora los señores licen-

<sup>12</sup> *Exposición de Motivos del Código Penal de 1929*, pág. 18.

<sup>13</sup> Por Decreto de 3 de octubre de 1974, promulgado por el Presidente Echeverría Álvarez el 7 del mismo mes y año y publicado al día siguiente en el *Diario Oficial*, se erigieron en Estados miembros de la Federación los Territorios de Baja California Sur y Quintana Roo. En el Artículo Primero del Decreto se reforma el 43 de la Constitución Política del País, para quedar como sigue: "Artículo 43.—Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

En consecuencia, el Ordenamiento de 1931 rige, en materia común, sólo en el Distrito Federal; sin embargo, provisionalmente sigue aplicándose en los dos nuevos Estados (antes Territorios de Baja California Sur y Quintana Roo), porque el Artículo Decimoquinto Transitorio del mismo Decreto establece: "En tanto se expide la Constitución Política de cada uno de los Estados de Baja California Sur y Quintana Roo, continuará vigente la legislación que ha regido en los Territorios, excepto en aquello que pugne con su soberanía..."

Por Decreto de 20 de diciembre de 1974, promulgado por el Ejecutivo al día siguiente y publicado en el *Diario Oficial* del 23 del mismo mes y año, se reforma el nombre del Código y diversos preceptos. Se indica que el nombre quedará como sigue: "Código Penal para el Distrito Federal en Ma-

ciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles.

En la Exposición de Motivos, elaborada por el licenciado Teja Zabre, se lee: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la Ley penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito. La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: *a*) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; *b*) disminución del casuismo con los mismos límites; *c*) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad); *d*) efectividad de la reparación del daño; *e*) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1.—Organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2, dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3, completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condi-

tería de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal". En diverso Decreto, publicado en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1974, también se alude a que se modificará la denominación, en los mismos términos.

cional, reeducación profesional, etc.); 4, medidas sociales y económicas de prevención.”<sup>14</sup>

El Código de 31 ha recibido, desde su aparición, numerosos elogios de propios y extraños y también, por supuesto, diversas censuras.<sup>15</sup>

Destacan como directrices importantes: la amplitud del arbitrio judicial mediante mínimos y máximos para la individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52; la tentativa, en el artículo 12; las formas de participación, en el 13; algunas variantes en las excluyentes de responsabilidad en el 15; la erección de la reparación del daño en pena pública en el 29; los casos de sordomudez y enajenación mental permanente, en los artículos 67 y 68; la institución de la condena condicional en el 90; siguiendo al Código de 1929, la proscripción de la pena de muerte, etc. El Ordenamiento de 31 ha sufrido múltiples reformas, entre ellas la de 1951, cuyos autores principales fueron los juristas Francisco Argüelles y Jorge Reyes Tayabas, quienes mejoraron numerosos preceptos.

---

<sup>14</sup> *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia de Fuero Federal*. Revisado según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del licenciado Alfonso Teja Zabre, 4ª Edic., Botas, México, 1938.

<sup>15</sup> FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA expresa que a pesar de algunos errores, el Código de 31 es una obra que se puede calificar de “bastante buena” por las muchas cualidades que posee. En él, por vez primera en nuestra Historia, se pugna por un auténtico realismo en el Derecho, eliminándose concepciones abstractas y valores ficticios. Añade que es un Código original en donde existe la conjunción del conocimiento de la disciplina con el conocimiento de la realidad. (México y la Cultura, págs. 827 y ss. Edic. de la Secretaría de Educación Pública, México, 1946.)

IGNACIO VILLALOBOS censura diversos aspectos de la Ley de 31, especialmente por lo que se refiere a la idea de reducir el articulado, ocasionando con ello serios trastornos en la práctica; se pronuncia contra la exagerada ampliación del arbitrio judicial y la supresión de atenuantes y agravantes, que podían servir de orientación a los juzgadores para la individualización de las sanciones; indica que pasando sobre la naturaleza de las cosas, se declaró en el Código que la reparación del daño es una pena pública cuando debe ser hecha por el delincuente y no lo es cuando se exige a terceros, llegándose al absurdo de afirmar que una cosa es y no es, y el solo hecho de poder exigirse a terceros demuestra que no es una pena pública; expresa, finalmente, que sin embargo algunos elogios hechos son merecidos. (Para un estudio más completo, puede consultarse *Derecho Penal Mexicano*, 2ª Edición, Porrúa, 1960, págs. 115 y ss.)

En 1949 se elaboró un Anteproyecto que ha quedado como tal; la Comisión Redactora estuvo formada por los señores, doctores Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo y licenciados Francisco Argüelles y Gilberto Suárez Arvizu. Se integró después otra Comisión compuesta por los señores, doctor Celestino Porte Petit y licenciados Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Govea, culminando los trabajos con el Anteproyecto de 1958, publicado en la Revista *Criminalia* en el mes de noviembre del propio año. En 1963, por recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia (celebrado en la capital en mayo del citado año), se confeccionó un Proyecto de *Código Penal Tipo*, con el propósito de que se adoptara por las diversas Entidades Federativas. En la redacción del Proyecto intervinieron diferentes personas encabezadas por el doctor Celestino Porte Petit. En la Exposición de Motivos, publicada en el número 30 de la Revista de Derecho Penal, órgano de la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios Federales (diciembre de 1963), se lee: "La dirección doctrinaria que inspira el nuevo Código es predominantemente la *técnica-jurídica* y, por lo mismo, se procuró resolver los problemas con la técnica que es propia de los hombres de Derecho, sin acudir a filosofías inconducentes." Hasta el presente, ninguno de estos tres intentos legislativos ha sido aprobado; por ende, aún sigue en vigor la Ley de 1931.

En cuanto a los Estados de la República, en función del sistema federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal. Muchas Entidades han adoptado el Ordenamiento de 31, en forma íntegra unas veces y con modificaciones, otras, aunque la tendencia actual, que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código de Defensa Social veracruzano y los Anteproyectos de Código Penal Para el Distrito y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963.

## IV

### DE LAS ESCUELAS PENALES

#### A) De la Escuela Clásica

SUMARIO: 1. El pensamiento penal anterior a Carrara.—2. Francisco Carrara.—3. Significado de la expresión "Escuela Clásica".—4. Método de estudio en la Escuela Clásica del Derecho Penal.—5. Concepciones o tendencias comunes dentro de la Escuela Clásica.—6. Noción clásica del delito.

1. EL PENSAMIENTO PENAL ANTERIOR A CARRARA. "La Filosofía de todos los tiempos —escribe Carrancá y Trujillo—, ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, si bien fundamentándola diversamente. Platón fundaba la pena en el principio de la expiación. . . Para los romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificóse el derecho de castigar, por la ejemplaridad intimidante de las penas. La Iglesia, después, refiriendo todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia el pecador se somete a la ley divina y logra su enmienda satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución. La edad media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón de Estado y acentuando con tal justificación la venganza pública hasta llegar a los más rigurosos extremos; las penas quedaron, por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas. En el humanismo y el renacimiento sienta Grocio la base contractual del Derecho Penal; el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la



pena... Con la obra apasionada de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independiente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral.”<sup>1</sup>

Antes de hacer referencia de manera directa a las doctrinas de Francisco Carrara, portaestandarte máximo de la Escuela Clásica del Derecho Penal, no resulta ocioso examinar las ideas sobresalientes de los principales pensadores que le antecedieron y cuyas teorías, sin duda, fueron el marco en donde se desarrolló aquella tendencia científica.

MANUEL KANT (1724-1804). La pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia y consecuencia jurídica del delito realizado; su imposición no aspira a obtener fines de utilidad, sino puramente de justicia; su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica, Kant llega a afirmar que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito, con lo cual se aproxima al principio del talión.<sup>2</sup>

GIANDOMENICO ROMAGNOSI (1761-1835). Después del libro de Beccaria se publica la obra de Giandomenico Romagnosi *Genesi del Diritto Penale*, en donde niega que el fundamento del Derecho Penal se encuentre en el contrato social y lo afirma en el imperio de la necesidad. El Derecho Penal es para Romagnosi un derecho de defensa indirecta que debe ejercitarse mediante la punición de los delitos pasados, para conjurar el peligro de los futuros, por ser el delito contrario al derecho de los hombres a conservar su felicidad. La pena no puede ser tormento ni utilizarse para afligir a un ser sensible; su finalidad inmediata es la intimidación para evitar así la comisión de nuevos delitos.

“No considera Romagnosi —escribe Eusebio Gómez— que la prevención del delito haya de limitarse a la que la pena pueda ejercitar. Propone, por eso, otros medios preventivos de diversa índole, que deben oponerse a las causas del fenómeno delictuoso.

<sup>1</sup> *Derecho Penal Mexicano*, tomo I, pág. 114, 4ª Edic., 1955.

<sup>2</sup> Véase Eugenio Cuello Calón. *Op. cit.*, I, pág. 38, edición 1947.

Y es en el estudio y clasificación de esas causas donde encuentra fundamento la opinión generalizada, y por cierto no discutible, de que Romagnosi es, como Florián, uno de las patriarcas del positivismo penal, junto con Bentham y Feuerbach, aunque sus doctrinas no se apoyen en los datos de la experiencia, de que no se disponía en la época en que fueron elaboradas. La causalidad del delito, para Romagnosi, es una dinámica moral previniente y no una dinámica física reprimiente.”<sup>3</sup> Este autor, indiscutiblemente clásico, se adelanta a su época; por ello los positivistas pretenden ver en él un precursor.

FEDERICO HEGEL (1770-1831). “Entiende que a la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es negación del derecho y la pena es negación del delito.”<sup>4</sup>

PABLO JUAN ANSELMO VON FEUERBACH (1775-1833). Para este autor la imposición de la pena precisa de una ley anterior (*nulla poena sine lege*). La aplicación de una pena supone la existencia de la acción prevista por la amenaza legal (*nulla poena sine crimine*). Es la ley la creadora del vínculo entre la lesión del Derecho y el mal de la pena (*nullum crimen sine poena legalis*). El crimen es una acción contraria al derecho de los demás, reprimida por una pena.

PELLEGRINO ROSSI (1787-1848). Este gran jurista, político, diplomático y poeta, es considerado como uno de los precursores de la Escuela Clásica. Para Rossi, la pena es la remuneración del mal hecha con peso y medida por un juez legítimo. El derecho de castigar tiene su fundamento en el orden moral, obligatorio para todos los hombres y debe ser realizado en la sociedad en que viven, naciendo en esa forma un orden social. El Derecho Penal tiende a la realización de ese orden moral, por lo que no puede proponerse un fin apartado de la justicia moral. El Derecho Penal se manifiesta a los hombres para re-

<sup>3</sup> *Op. cit.*, I, pág. 52, Edición 1939.

<sup>4</sup> Véase EUSEBIO GÓMEZ, *Op. cit.*, I, pág. 58.

cordarles los principios del orden moral y darles los medios de elevación hasta la fuente celeste de la cual proviene.<sup>5</sup>

GIOVANI CARMIGNANI (1768-1847). Se opuso a la doctrina de la justicia moral y al sentido retributivo de la pena. Para este autor el derecho a castigar tiene su fundamento en la necesidad política. Estima necesario que a la represión del delito preceda su prevención. Como a Rossi, se le considera precursor de la Escuela Clásica.<sup>6</sup>

CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER (1806-1879). Este autor, profesor de la Universidad de Heidelberg, considera que la pena es el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente; pero tal reforma no debe ceñirse a la legalidad externa de las acciones humanas, sino a la íntima y completa justicia de su voluntad. Roeder afirma que la pena debe tener el carácter de tratamiento correccional o tutelar y su duración estará en función del tiempo necesario para reformar la mala voluntad que se aspira a corregir.<sup>7</sup> Es el fundador de la escuela correccionalista.

2. FRANCISCO CARRARA. Este ilustre jurista consagró su vida no sólo a la jurisprudencia, sino también a la ciencia en general, a la filosofía y a la literatura; sucedió a Carmignani en la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Pisa. De entre sus muchas obras destacan: *Opuscoli di Diritto Penale* y *Programma del Corso di Diritto Criminale*, publicadas en 1874 y 1877.<sup>8</sup> Nació en 1805 y murió en 1888. Es considerado como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, porque le dio una sistematización impecable. Ha sido objeto de grandes elogios, no sólo por parte de los seguidores de su pensamiento, sino también de los positivistas, sus contradictores. Eusebio Gómez, el destacado penalista argentino contemporáneo, aún afiliado al

<sup>5</sup> EUSEBIO GÓMEZ, *Op. cit.*, I, pág. 60. Véase Cuello Calón. *Op. cit.*, I, pág. 40.

<sup>6</sup> EUSEBIO GÓMEZ, *Op. cit.*, I, pág. 59.

<sup>7</sup> CUELLO CALÓN, *Op. cit.*, págs. 39 y 40.

<sup>8</sup> Seguramente el Programa se publicó por vez primera en 1859, según afirma el propio Carrara en el Prefacio a la 5ª edición.

positivismo, escribe: "El conjunto de las doctrinas de Francisco Carrara representan el término de la evolución de la Escuela Clásica. El sabio maestro de Pisa, admirable sistematizador, como fue, supo marcar orientación definida a la poderosa corriente de pensamiento científico penal iniciada después de la aparición del libro de César Beccaria. Sus doctrinas constituyen un verdadero sistema, la propia Escuela Clásica —como fuera bautizada por Ferri—, y que bien podría llevar su nombre. Las expone con claridad insuperada; las funda con argumentación resistente. Observa, en su elaboración, un método riguroso. Cuando, para aceptar sus conclusiones o para el disenso con ellas, se hace referencia a la Escuela Clásica, no son otras que las doctrinas de Carrara las que se someten al examen; es sobre ellas que la crítica versa, y aunque ésta le sea desfavorable, el reconocimiento de su mérito excepcional no está ausente jamás. Enrique Ferri, que fue su infatigable contradictor, fue también un encomiasta caluroso de ese mérito. Admiraba en Carrara la agudeza de su ingenio y su lógica poderosa; y era innegable, para él, que, con el *Programa*, había elevado un maravilloso edificio científico, no solamente en la parte exterior de las doctrinas generales sobre el delito y sobre la pena, sino en las partes más íntimas y menos estudiadas de los delitos en particular, que son los verdaderos términos de aplicación diaria de las doctrinas generales."<sup>9</sup>

Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es conatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un *ente jurídico* que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho sino violación del mismo. La imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, I, pág. 60. Edición 1939.

3. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN "ESCUELA CLÁSICA". Los positivistas del siglo pasado (en especial Enrique Ferri), bautizaron con el nombre de *Escuela Clásica*, a todo lo anterior, a las doctrinas que no se adaptaban a las nuevas ideas, a los recientes sistemas. La Escuela Clásica en realidad no integra un todo uniforme. Luis Jiménez de Asúa asegura con acierto cómo en ella se advierten tendencias diferentes, incluso opuestas, que en la época de su mayor predominio combatieron entre sí. "El nombre de Escuela Clásica —escribe el mismo autor—, fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo, que no tiene en realidad la expresión 'clasicismo', y que es más bien, lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caduco."<sup>10</sup>

4. MÉTODO DE ESTUDIO EN LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO PENAL. La Escuela Clásica del Derecho Penal siguió preferentemente el método deductivo, o como dice Jiménez de Asúa, el método lógico-abstracto. No es de extrañar tal metodología, por ser la adecuada a las disciplinas relativas a la conducta humana.

El profesor Ignacio Villalobos sostiene, acertadamente en nuestro criterio, que como pertenece el Derecho al campo de la conducta de los individuos, en relación con la vida social y tiene propósitos ordenadores de esa conducta, resulta eminentemente finalista; por ende el método que lo ha de regir todo, desde la iniciación de las leyes hasta su interpretación y forma de aplicación, necesariamente será teleológico, para estudiar, adecuadamente, los diversos problemas que se presenten sobre conflictos de leyes, lugar y tiempo de la acción, causalidad del resultado y otros más, que no pueden ser resueltos satisfactoriamente por distintas vías.<sup>11</sup>

Mucho se le censuró a la Escuela Clásica el empleo de métodos deductivos de investigación científica; pero en verdad el Derecho no puede plegarse a los sistemas de las ciencias naturales por no ser parte de la naturaleza y no someterse a sus leyes. En la naturaleza los fenómenos aparecen vinculados por nexos

<sup>10</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 50, edic., "A. Bello", Caracas, 1945.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, págs. 97 y ss.

causales, por enlaces forzosos, necesarios, mientras el Derecho está constituido por un conjunto de normas; se presenta como la enunciación de algo que estimamos debe ser, aun cuando tal vez, de hecho, a veces quede incumplido. Mientras las leyes naturales son falsas o verdaderas, según su no coincidencia o su perfecta adecuación con la realidad, las normas postulan una conducta que, por alguna razón, estimamos valiosa a pesar de que en la práctica pueda ser producido un comportamiento contrario. Precisamente por no contar esa conducta con la forzosidad de una realización, se le expresa como un deber. Lo enunciado por las leyes naturales *tiene que ser*; lo prescrito por las normas *debe ser*. Con esto queda plenamente demostrado que el Derecho no mora en el mundo de la naturaleza y por consiguiente, al decir de Luis Recaséns Siches, cuyas ideas en lo substancial seguimos en este punto, quien permanezca encerrado dentro del ámbito de las ciencias naturales y maneje exclusivamente sus métodos, jamás llegará a enterarse, ni de lejos, de lo que el Derecho sea.<sup>12</sup>

5. CONCEPCIONES O TENDENCIAS COMUNES DENTRO DE LA ESCUELA CLÁSICA. Con un esfuerzo sintetizador, puede afirmarse que los caracteres o notas comunes dentro de la Escuela Clásica son los siguientes: 1º *Igualdad*; el hombre ha nacido libre e igual en derechos. Esta igualdad en derechos es equivalente a la de esencia, pues implica la igualdad entre los sujetos, ya que la igualdad entre desiguales es la negación de la propia igualdad; 2º *Libre albedrío*; si todos los hombres son iguales, en todos ellos se ha depositado el bien y el mal; pero también se les ha dotado de capacidad para elegir entre ambos caminos y si se ejecuta el mal, es porque se quiso y no porque la fatalidad de la vida haya arrojado al individuo a su práctica. 3º *Entidad delito*; el Derecho Penal debe volver sus ojos a las manifestaciones externas del acto, a lo objetivo; el delito es un ente jurídico, una injusticia; sólo al Derecho le es dable señalar las conductas que devienen delictuosas. 4º *Imputabilidad moral* (como consecuencia del libre arbitrio, base de la ciencia penal para los clásicos); si el hombre está facultado para discernir entre el bien

<sup>12</sup> *Tratado General de Filosofía del Derecho*, págs. 55 y 56. 3ª Ed. Porrúa, 1965.

y el mal y ejecuta éste, debe responder de su conducta habida cuenta de su naturaleza moral. Expresa Carrara que la ley dirige al hombre en tanto es un ser moralmente libre y por ello no se le puede pedir cuenta de un resultado del cual sea causa puramente física, sin haber sido causa moral; y, 5º *Método deductivo*, teleológico, es decir, finalista.

## CUADRO RESUMEN

### ESCUELA CLASICA

1. Igualdad en derechos.
2. Libre albedrío (capacidad de elección).
3. Entidad delito (con independencia del aspecto interno del hombre).
4. Responsabilidad moral (consecuencia del libre arbitrio).
5. Pena proporcional al delito (retribución señalada en forma fija).
6. Método deductivo, teleológico o especulativo (propio de las ciencias culturales).

Según Carrara, para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por una ley positiva. La Escuela Clásica mira preferentemente a la acción criminosa, al delito mismo, con independencia de la personalidad del autor; esto llega a ser para Carrara una especie de garantía individual al afirmar: el juez competente para conocer de la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones.

6. NOCIÓN CLÁSICA DEL DELITO. Para Carrara el delito consiste en la *infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Programa, parágrafo 21.

No es éste el adecuado lugar para analizar la definición clásica del delito de Francisco Carrara; se hará en temas posteriores. Sólo conviene advertir, desde ahora, que la Escuela Clásica se colocó, al respecto, en un plano verdaderamente jurídico.

A raíz del positivismo se abandonaron los lineamientos clásicos para adentrarse en los métodos de las ciencias naturales, creyéndose —erróneamente— que se trabajaba en el campo jurídico. En la actualidad los estudiosos del Derecho han dejado a un lado los sistemas positivistas para seguir por los caminos contruidos anteriormente por la Escuela Clásica, únicos capaces de conducir al reino de lo jurídico.

Luis Jiménez de Asúa escribe: "Carrara creyó que su doctrina era inatacable. Y de tan perfecta que era, como todo lo perfecto, llevaba en sí la caducidad. Ya no era futuro, sino presente, y, por tanto, futuro ido. Y a pasos agigantados pasado, residuo. Una revolución la descoyuntó, la enterró, aunque, como en 'Los Espectros' de Ibsen, vuelva luego. Y su vuelta da más vigor a lo reencarnado. Pero la revolución fue terrible, se llamó el positivismo." <sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pág. 250.



## V

### DE LAS ESCUELAS PENALES

#### B) *De la Escuela Positiva*

SUMARIO: 1. Causas que provocaron la aparición y desarrollo del positivismo.—2. El método en el positivismo.—3. Principales exponentes de la Escuela Positiva del Derecho Penal.—4. Noción del delito natural según Rafael Garófalo. Comentario de Ignacio Villalobos.—5. Notas comunes dentro de la Escuela Positiva.—6. Breve crítica de la Escuela Positiva del Derecho Penal.

1. CAUSAS QUE PROVOCARON LA APARICIÓN Y DESARROLLO DEL POSITIVISMO. La primera mitad de la pasada centuria se caracterizó por su acendrado romanticismo; casi todos los pensadores de dicha época estructuraron la vida al través de cosas abstractas, con ansias infinitas de idealismo. Por ello, en la segunda mitad del siglo XIX, surgieron las corrientes eminentemente materialistas, entre las cuales destacan el positivismo y el materialismo histórico.

La aparición del positivismo fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales en los estudios filosóficos del siglo pasado y se hizo sentir en todas las disciplinas culturales, inclusive en el Derecho. Nacido como negación rotunda de las concepciones anteriores, constituyó una revolución en los campos científico y artístico. En materia penal, la *Escuela Positiva* se presenta igualmente como la negación radical de la *Clásica*, pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderante estimación a la personalidad del delincuente.

El positivismo (nombre dado por Augusto Comte, padre de la sociología) no niega la existencia de lo absoluto o metafísico, pero tampoco se ocupa del problema, limitándose al estudio de lo real, entendiendo por tal todo lo sensible, lo físico. Por ello los positivistas negaron carácter científico a las disciplinas filosóficas propiamente dichas; a la psicología la entendieron como una rama de las ciencias naturales (de la biología o de la fisiología).

2. EL MÉTODO EN EL POSITIVISMO. Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas; la ciencia requiere, de modo necesario, partir de todo aquello que sea capaz de observarse sensorialmente. Si el positivismo surgió como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos *inductivos* de indagación científica, a diferencia de los *deductivos* hasta entonces empleados preferentemente; el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego *inducir* las reglas generales.

Si bien para toda ciencia de la naturaleza, cuyo fin es conocer las cosas y los fenómenos e indagar sus causas inmediatas y las leyes a las que se hallan sometidas, es imprescindible el método experimental, no resulta así, en cambio, para el Derecho, por no ser ciencia de la naturaleza y diferir radicalmente de toda disciplina que tiene a ésta por objeto. "El delito como tal, es un concepto formado en la mente por uno de los llamados *juicios sintéticos a priori*; el contenido de este concepto no existe integrado en la naturaleza sino que se integra por el hombre mediante una relación estimativa entre determinados actos, frente a la vida social; por eso Garófalo, que creyó *inducir* la noción del delito de la observación llevada a distintos países y a distintas épocas, no hizo sino descubrir una noción forzosamente preexistente y saber, no qué es el delito como una realidad natural, independiente de toda intervención de la mente humana, como podrían investigarse la esencia de la luz, del sonido o de

la electricidad, sino qué es lo que los hombres quieren expresar con la palabra delito.”<sup>1</sup>

En la actualidad ya nadie pone en duda la imposibilidad de utilizar el método inductivo para encontrar las verdades relacionadas con el Derecho. Luis Recaséns Siches, en estudios publicados con la Filosofía del Derecho de Giorgio del Vechio,<sup>2</sup> dice: “Considero que el tema de la teoría jurídica sigue siendo el *a priori* formal del Derecho; esto es, la esencia determinante del género Derecho y las formas esenciales en que todo lo jurídico ha de presentarse necesariamente. El concepto del Derecho y las formas jurídicas fundamentales, constituyen esencias ideales, que se dan necesariamente en toda institución jurídica; estructuras formales, que constituyen el perfil apriorístico del Derecho y el esquema fundamental de la ciencia sobre el mismo.”

“En materia penal —agrega Villalobos—, el método de observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que puedan orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de las normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico, con método propio, sin que exista en ocasiones nada qué observar ni qué inducir.”<sup>3</sup> El mismo autor continúa diciendo: “La Antropología, la Sociología y la Criminología, son ciencias naturales cuyo fin es desentrañar la naturaleza de la conducta humana, escudriñar sus orígenes y fijar su mecanismo de producción; son ciencias naturales y deben tener como método preponderante la inducción. El Derecho Penal, en cambio, que trata de fijar un cauce a esa conducta y de imponerle una forma y límites determinados, se refiere al mismo objeto, pero se diferencia precisamente por su carácter eminentemente práctico, por su fin normativo y por su método,

<sup>1</sup> VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 43.

<sup>2</sup> T. I, pág. 71.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pág. 45.

descansando parcialmente en los conocimientos alcanzados por aquellas ciencias naturales, en otras ciencias noológicas y culturales y sumando su propio aporte para la estructuración completa del edificio jurídico.”<sup>4</sup>

3. PRINCIPALES EXPONENTES DE LA ESCUELA POSITIVA DEL DERECHO PENAL. De entre los fundadores de la *Escuela Positiva* del Derecho Penal, destacan principalmente los pensadores italianos César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. Para César Lombroso, el criminal es un ser atávico, con regresión al salvaje; el delincuente es un loco, un epiléptico. Ferri modifica la doctrina de Lombroso al estimar que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, también debe tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso está condicionado por el medio ambiente; en el delito concurren, pues, igualmente causas sociológicas. De la trilogía de los grandes maestros del positivismo penal, Garófalo es el jurista; pretende dar contextura jurídica a las concepciones positivistas y produce la definición del delito natural.

4. NOCIÓN DEL DELITO NATURAL SEGÚN RAFAEL GARÓFALO; COMENTARIO DE IGNACIO VILLALOBOS. El ilustre jurista del positivismo, Rafael Garófalo, distinguió el delito natural del legal, entendió por el primero *(la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo o la colectividad.)* Consideró como delito artificial o legal, *(la actividad humana que, contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos.)*

A la concepción de Garófalo se le enmarca entre las definiciones sociológicas, porque para él, lo fundamental del delito es la oposición a las condiciones básicas, indispensables de la vida gregaria.

Interesantísimo es el comentario en torno a la definición del delito natural de Garófalo, elaborado por el profesor Villalobos: “Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pág. 47.

no obstante que era esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado 'los sentimientos' aunque claro está que, si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. 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 probidad poseídos por una población en la medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad." <sup>5</sup>

5. NOTAS COMUNES DENTRO DE LA ESCUELA POSITIVA. A pesar de las divergencias existentes entre los positivistas, pueden señalarse varias concepciones comunes dentro de esta Escuela. Así, Villalobos las resume de la siguiente manera: "1º El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es sino un síntoma revelador de su estado peligroso; 2º La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción; 3º El método es el inductivo, experimental; 4º Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal; 5º La pena posee una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas; 6º El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso; 7º La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles." <sup>6</sup>

Por nuestra parte, consideramos de utilidad el siguiente cuadro sinóptico:

---

<sup>5</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 199.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pág. 40.

NOTAS  
COMUNES  
DEL  
POSITIVISMO  
PENAL

1. *El punto de mira de la justicia penal es el delincuente.*—El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.
2. *Método experimental.*—(Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda *inducirse* de la experiencia y de la observación.)
3. *Negación del libre albedrío.*—(El hombre carece de libertad de elección.) El delincuente es un anormal.
4. *Determinismo de la conducta humana.*—Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social.
5. *El delito como fenómeno natural y social.*—Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
6. *Responsabilidad social.*—Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impedido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.
7. *Sanción proporcional al estado peligroso.*—La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.
8. *Importa más la prevención que la represión de los delitos.*—La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas.

6. BREVE CRÍTICA DE LA ESCUELA POSITIVA DEL DERECHO PENAL. El positivismo en la actualidad ha caído en desuso como sistema jurídico, al ponerse de manifiesto que los positivistas no elaboraron Derecho, sino ciencias naturales, a pesar de haber creído construir lo jurídico. Si no se admitiera en el hombre la facultad de elección entre las varias posibilidades que de continuo le depara la existencia, se negaría terminantemente el Derecho, pues las normas que lo integran expresan siempre un *deber ser* dirigido a la conducta humana; dichas normas parten del supuesto de que pueden ser acatadas o quedar incumplidas. Si el sujeto forzosa, necesariamente, hubiera de realizar lo mandado o prohibido, porque no estuviera capacitado, por su propia naturaleza, para decidir entre obedecer o no lo prescrito, las normas carecerían de sentido, por radicar su esencia en la fijación de un comportamiento que, por alguna razón, se considera valioso. Por ejemplo, las normas que preceptúan "debes pagar tus deudas", "debes respetar la vida de los demás", suponen la posibilidad de que sea dable efectuar un comportamiento contrario; si no fuera así, no se postularían en forma de *deber ser*, sino en todo caso como expresión de algo que fatalmente acontece. Con esto, pónese de relieve una vez más que los positivistas crearon ciencias de la naturaleza, como antropología y sociología criminales; es decir, dieron auge a los estudios causales explicativos del delito, los cuales, sin duda, debe tener muy en cuenta el legislador penal, pero siguieron métodos experimentales, inductivos, adecuados a tales conocimientos, mas no propios de las disciplinas jurídicas, que no tratan de causas fenomenológicas, sino de señalar cauces a la conducta, por ser su fin esencialmente normativo.

Con respecto a la afirmación positivista de que el delito es un fenómeno natural, expone Villalobos: "Si para Ferri el delito, como acto del hombre, es un producto de su organismo, se sobreentiende entonces que está determinado por leyes biológicas, por leyes naturales, es decir, por leyes de necesidad como las de la gravedad, de la presión de los líquidos o de la digestión; y esto es un error que se explica sólo por un concepto de la psicología como ciencia de una clase de fenómenos cuyo carácter específico se quiere mantener en la penumbra del 'incog-

noscible'. Por esto Quintiliano Saldaña, incapaz por su fuerza de pensamiento de caer en este simplismo y hacer caso omiso de la parte más importante en la génesis de los actos del hombre, dijo: —No son las fuerzas de dentro o las fuerzas de fuera de nosotros las que determinan el delito; son todas, absolutamente todas las fuerzas de la naturaleza, obrando a través de una voluntad—. Pues bien, este último factor de voluntariedad, clave del problema, es el que se ha desentendido. La conducta del hombre se rige por motivos y por esto es posible dictarle normas de obligatoriedad... y si admitiéramos un determinismo materialista y con ello que los actos del hombre son producto de su organismo y se rigen por leyes naturales, sería monstruoso insistir en conminar con sanciones a sus autores, pues tanto valdría que a los vientos les prohibiéramos soplar, al agua despeñarse cuando le falta el apoyo, o que escribiéramos códigos amenazando con prisión o con multa al que no haga la digestión o al que utilice oxígeno para la respiración; éstos sí son hechos naturales.”<sup>7</sup>

Sin apartarnos de las atinadas críticas hechas a la Escuela Positiva del Derecho Penal, sería injusto dejar de consignar que ella (y en especial los estudios de César Lombroso) posee el mérito indiscutible de haber insistido en la importancia del factor personal en el desarrollo de la criminalidad; el de haber llamado la atención con relación a dos hechos que en la actualidad parece innecesario señalar, a saber: 1º El delincuente es siempre un hombre, un ser humano; y, 2º Entre los delincuentes existe un número de anormales mucho mayor de lo que antes se creía.

---

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pág. 49.



## VI

### DE LAS ESCUELAS PENALES

#### C) *Tendencias Eclécticas*

SUMARIO: 1. La *terza scuola*.—2. Las doctrinas de Franz Von Liszt.—3. Otras corrientes.—4. La dirección técnico-jurídica.

1. LA TERZA SCUOLA. En la lucha entre las dos corrientes más caracterizadas: clásica y positivista, surgieron teorías que aceptaron sólo parcialmente sus postulados. Así aparecieron, entre otras, la *Terza Scuola* en Italia y la Escuela Sociológica o Joven Escuela en Alemania.

La Escuela del Positivismo Crítico o *Terza Scuola* (denominada *tercera escuela* para distinguirla de la Clásica y de la Positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugares), encuentra su formación, esencialmente, <sup>en</sup> los estudios de Alimena y Carnevale y constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la Escuela Clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e imputables, aun cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

Para Bernardino Alimena —según el decir de Cuello Calón— la imputabilidad deriva de la humana voluntad, la cual se halla determinada por una serie de motivos, y tiene su base en la “dirigibilidad” del sujeto, es decir, en su aptitud para percibir la coacción psicológica; de ahí que sólo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena.<sup>1</sup>

Son principios básicos de la *Terza Scuola*, en opinión del mismo penalista Cuello Calón,<sup>2</sup> los siguientes:

a) Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre;

b) La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica; y

c) La pena tiene como fin la defensa social.

Algunos autores alemanes, como Merkel, Liepmann y Oetker, pretendieron conciliar la justicia y el finalismo; en estas corrientes la justicia y el fin utilitario se amalgaman.<sup>3</sup>

Para el juspenalista venezolano José Rafael Mendoza, las teorías eclécticas distinguen el Derecho Penal, al que asignan un método lógico-abstracto, de la Criminología, Sociología Criminal, Penología y Política Criminal, que siguen una sistematización experimental. El crimen es un fenómeno complejo, producto de factores individuales y exógenos; es, a la vez, fenómeno natural y ente jurídico. La condición del delincuente no debe exagerarse hasta hacer de él un tipo especial, el tipo criminal que señala la escuela positivista, pero sí debe admitirse la clasificación en ocasionales, habituales y anormales. La pena debe ser afianzada con medidas de seguridad. Se conserva el criterio de la responsabilidad moral, admitiéndose la peligrosidad, temibilidad o estado dañoso para algunos delincuentes.<sup>4</sup>

2. LAS DOCTRINAS DE FRANZ VON LISZT. Este penalista alemán, en las postrimerías de la pasada centuria, sostuvo que el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas

<sup>1</sup> *Op. cit.*, I, págs. 46 y 47.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, I, pág. 47.

<sup>3</sup> Véase Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, cap. VI, núm. 38.

<sup>4</sup> Cfr. Curso de Derecho Penal Venezolano, Parte General, pág. 91.

4ª Ed. 1963.

Para él, la pena es necesaria para la seguridad en la vida social porque su finalidad es la conservación del orden jurídico. A esta teoría se le conoce también bajo el nombre de Escuela Sociológica, caracterizada —según expresiones de Jiménez de Asúa—,<sup>5</sup> por su dualismo, al utilizar métodos jurídicos de un lado y experimentales por el otro; por su concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado peligroso y, en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad.

3. OTRAS CORRIENTES. Diversas orientaciones emergieron de la controversia entre clásicos y positivistas, corrientes que repudiaron algunos de los principios de cada una de esas dos tendencias e hicieron concesiones respecto de otros. Entre ellas pueden mencionarse las teorías de Garraud en Francia y las de Sabatini en Italia.

Para René Garraud, el delito y la pena son simples fenómenos jurídicos. El estudio del delito como hecho biológico y social no corresponde al Derecho Penal, sino a la sociología criminal. Esas dos formas de comprender el delito (jurídica y sociológicamente), deben compenetrarse y actuar una sobre la otra.

Según Guillermo Sabatini, la responsabilidad penal es de naturaleza jurídica y no moral. Considera la imputabilidad como el conjunto de condiciones mínimas por las cuales la persona deviene sujeto a la relación jurídica punitiva. Distingue, como todos los eclécticos, entre delincuentes normales y anormales.

4. LA DIRECCIÓN TÉCNICO-JURÍDICA. Esta concepción, sostenida principalmente por Rocco, Manzini, Massari, Battaglini, Vannini, etc., preconiza que sólo el Derecho positivo constituye el objeto de una ciencia jurídica, como lo es el Derecho Penal, que no debe pretender la indagación de principios filosóficos. El Derecho Penal ha de reducirse al conocimiento científico de los delitos y de las penas, como fenómenos regulados por el ordenamiento positivo. La pena es un instrumento, de conformidad con las exigencias de la técnica, para lograr no únicamente

---

<sup>5</sup> *La Ley y el Delito*, Ed. A. Bello, Caracas, pág. 71.

la prevención general o especial, sino la readaptación del delincuente; en esa forma, la pena cumple su función defensora del orden jurídico. Básiase la responsabilidad en la capacidad de entender y de querer.

De acuerdo con Filippo Grispigni, esta tendencia constituye el perfeccionamiento de la Escuela Positiva, mientras otros pensadores la clasifican entre las doctrinas netamente eclécticas.

La dirección técnico-jurídica, afirma Cuello Calón, no aspira a la indagación filosófica de un Derecho Penal natural, ni a la formación del Derecho Penal del porvenir, su objeto limítase al Derecho positivo vigente, a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones, y a aplicar e interpretar ese Derecho.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Cfr. *Derecho Penal*, t. I, pág. 49, 8ª ed., 1947.

## TEORIA DE LA LEY PENAL

## VII

### DE LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. De las fuentes del Derecho en general.—2. Las fuentes propias del Derecho Penal.—3. La ley como fuente única.—4. Los dogmas penales.—5. La tipicidad penal.—6. Las fuentes penales en el Derecho positivo mexicano.

1. DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL. “El término fuente —dice Du Pasquier— crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio de donde ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del Derecho.”<sup>1</sup>

Generalmente, al hablar de las fuentes del Derecho se hace la distinción entre fuentes reales, fuentes formales y fuentes históricas. Por fuerza real se entiende el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas; esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida. Son los 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. Por fuentes formales se entiende el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas; <sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> Citado por E. GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, 1ª edic., pág. 96.

<sup>2</sup> E. GARCÍA MÁYNEZ, *Op. cit.*, pág. 95.

las normas jurídicas; se trata de los medios para conocer el Derecho. Al decir de García Máynez, las fuentes formales representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las fuentes reales.<sup>3</sup> Las fuentes históricas son 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.

Celestino Porte Petit, después de analizar las opiniones de diversos autores, clasifica las fuentes del Derecho en: *a*) formales; *b*) reales o substanciales; *c*) de producción; y, *d*) de cognición o de conocimiento. Por lo que respecta al segundo grupo, o sea las fuentes reales (o substanciales) las subdivide, a su vez, en: *a'*) racionales (perennes) y *b'*) históricas (variables). Las de cognición o de conocimiento pueden ser: *a'*) escritas; *b'*) no escritas; *c'*) inmediatas o directas; y, *d'*) mediatas o indirectas.<sup>4</sup>

Las fuentes formales del Derecho son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. García Máynez hace notar que a la ley no se le debe considerar como fuente formal del Derecho, por ser producto de la legislación; y así como la fuente de un río no es el agua que brota del manantial, sino el manantial mismo, de igual manera la ley no representa el origen sino el resultado de la actividad legislativa.<sup>5</sup> Nosotros, no obstante, seguiremos considerando a la ley como fuente formal del Derecho, pues mediante ella se nos manifiesta el orden jurídico y tradicionalmente se le ha tenido como la fuente por excelencia. Por otra parte, la afirmación del maestro mexicano es válida tratándose de las fuentes de producción del Derecho, mas no de las fuentes de conocimiento del mismo.

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 (ordinaria) puede igualmente definirse como la norma obligatoria, general, abstracta y permanente, emanada del Estado según los trámites que marca

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pág. 96.

<sup>4</sup> *Notas del Primer Curso de Derecho Penal*, 1958.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pág. 97.

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 ello quedan supeditadas a la ley misma; y como expresa Trinidad García,<sup>6</sup> 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 al cabo por los hombres de ciencia. Sólo 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.<sup>7</sup>

2. LAS FUENTES PROPIAS DEL DERECHO PENAL. Aplicando las anteriores ideas al campo del Derecho Penal, debe concluirse que sólo es fuente del mismo, directa, inmediata y principal, la ley.

Las costumbres no pueden ser fuentes del Derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal y menos en el nuestro, porque la Constitución, en su artículo 14, establece la prohibición terminante de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.

La jurisprudencia, según nuestra Ley de Amparo, sólo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito. Se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, precisándose, además, que cada ejecutoria

<sup>6</sup> Introducción al Estudio del Derecho, pág. 16, edic., 1935.

<sup>7</sup> TRINIDAD GARCÍA, Op. cit., pág. 21.



haya sido aprobada por lo menos por cuatro Ministros, tratándose de las Salas y por catorce, si emana del Pleno. La de los Tribunales Colegiados de Circuito obliga cuando existen también cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin una en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de los tres Magistrados integrantes de cada Tribunal. Nótese cómo la Ley de Amparo da restringido alcance a la jurisprudencia; únicamente se refiere a la derivada de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito y no a las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales.\*

---

\* La Ley de Amparo en vigor dispone:

"192.—La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno, sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, es obligatoria tanto para ella como para las salas que la componen, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, Juzgados de Distrito, Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.

"Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en pleno constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros."

"193.—La jurisprudencia que establezcan las salas de la Suprema Corte de Justicia sobre interpretación de la Constitución, leyes federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, es obligatoria para las mismas salas y para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito; Juzgados de Distrito; Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.

"Las ejecutorias de las salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros."

"193. bis.—La jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito en materia de su competencia exclusiva, es obligatoria para los mismos Tribunales, así como para los Juzgados de Distrito, Tribunales Judiciales del fuero común, Tribunales Administrativos y del Trabajo que funcionan dentro de su jurisdicción territorial.

"Las ejecutorias de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integran."

"194.—La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una

La jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; la Corte sólo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cual cosa. Según nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina intérprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La ley es como una tábula rasa, expresa lo que según la Suprema Corte dice; luego la jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a ella equivale.

sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

"En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

"Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación."

"195.—Cuando las salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, la que decidirá funcionando en pleno, qué tesis debe observarse. Cuando la denuncia no haya sido hecha por el Procurador General de la República, deberá siempre oírse a éste, para que exponga su parecer, por sí o por conducto del agente que al efecto designare.

"La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas."

"195 bis.—Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la sala correspondiente de la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá qué tesis debe prevalecer. Cuando la denuncia no haya sido hecha por el Procurador General de la República, deberá siempre oírse a éste, para que exponga su parecer, por sí o por conducto del agente que al efecto designare. Sin embargo, cuando algún Tribunal Colegiado de Circuito estime, con vista de un caso concreto, que hay razones graves para dejar de sustentar las tesis, las dará a conocer a las salas que hayan decidido las contradicciones y establecido las tesis, para que las ratifiquen o no.

"La resolución que se dicte, no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias pronunciadas en los juicios en que hubiere ocurrido la contradicción."

Si la jurisprudencia no puede ser fuente formal del Derecho Penal, menos aún la doctrina, a la cual ni siquiera se le reconoce el carácter de fuente del Derecho en general, salvo que la ley se lo confiera. Como en materia penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la ley, es requisito *sine qua non* la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale su sanción.

3. LA LEY COMO FUENTE ÚNICA. La garantía de legalidad, dicen los tratadistas, se conquistó por primera vez en Inglaterra con la Carta Magna expedida por Juan sin Tierra en 1215, en donde se prohibió la imposición de penas sin previo juicio legal. Mucho tiempo después César Bonnesana, Marqués de Beccaria, escribió que sólo las leyes pueden decretar las penas para los delitos y éstos deben ser establecidos por el legislador. A pesar de ello, fue en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a raíz de la Revolución Francesa, donde quedó definitivamente plasmado el principio de legalidad aludido, estableciéndose que nadie debía ser castigado sino a virtud de una ley anterior al delito, la cual se aplicaría según el procedimiento legal; nadie podía ser acusado, arrestado ni preso, sino en los casos previstos por las leyes. Desde entonces estos principios han sido casi universalmente aceptados.

El derecho a castigar del Estado encuéntrase, pues, 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.

4. LOS DOGMAS PENALES. En torno a las ideas liberales de estricta legalidad, que constituyen verdaderas garantías para la persona humana, se han establecido diversos principios; el clásico y más importante dice: *nullum crimen, nulla poena sine lege*; es decir, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley; de ahí se deriva que la pena sólo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquella y éste únicamente encuentran su origen en la ley. Esta máxima, a pesar de su vestimenta latina, no

proviene directamente del Derecho romano; se debe a Feuerbach (1775-1833), pero el principio de legalidad que encierra posee antiguos antecedentes. Ya Santo Tomás de Aquino, después de afirmar cómo la justicia viva es mutable y no se encuentra en muchos hombres, declara que la ley debe señalar todos los casos que es preciso juzgar y dejar muy escaso lugar en este aspecto a la iniciativa de los jueces.<sup>8</sup> La Iglesia católica, por boca del Papa Pío XII en el mensaje de navidad de 1942, afirmó la necesidad de mantener intacto el principio de legalidad.

En los tiempos que corren se han dado casos de legislaciones contrarias a las ideas anotadas. En Rusia se expidió un código en donde se permitía la aplicación analógica de la ley penal.

Además del principio ya apuntado, existen otros, como *nemo iudex sine lege*, para significar que ningún juez puede tener autoridad o jurisdicción no derivadas de la ley; *non bis in idem*, con lo cual se expresa que nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito, etc.

5. LA TIPICIDAD PENAL. Según las ideas expuestas no puede ser punible un hecho si no lo ha previsto la ley; por eso, dice Beling, no hay delito sin tipicidad. Emilio Pardo Aspe, en su clase de Derecho Penal, expresaba que el injusto se conoce y determina por referencia al tipo total como creación autónoma del Derecho. Si la tipicidad es la adecuación del comportamiento voluntario al tipo, el encuadramiento de la conducta con la hipótesis prevista por el legislador, sólo será delictuosa la acción típica, es decir, la coincidente con la formulada en abstracto por la ley (por supuesto, si se integran los demás elementos del delito).

6. LAS FUENTES PENALES EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. La afirmación de que sólo la ley es fuente del Derecho Penal no debe interpretarse en el sentido —que sería erróneo—, de identificar la ley penal con el Código Penal, el cual sin duda alguna, constituye la más importante y más rica ley penal, pero no la única. Al lado del Código Penal de 1931 para el Distrito

<sup>8</sup> *Summa Theologica*, cap. 95.

Federal en materia común y para toda la República en materia federal, existen múltiples disposiciones penales en otros cuerpos legislativos; por eso el artículo 6º del propio Ordenamiento preceptúa: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observándose las disposiciones conducentes de este Código."

Como ejemplo de leyes penales contenidas en ordenamientos diversos al Código de 1931, pueden citarse, entre otras, el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; el Código de Justicia Militar; los artículos 667 al 740 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, el artículo 5º del Decreto de 31 de diciembre de 1951 que adicionó la Ley Forestal vigente, etcétera.

Conforme a nuestra Constitución Federal (Art. 14), nadie puede 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 leyes expedidas con anterioridad al hecho. El mismo precepto establece, en materia criminal, la prohibición de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón, si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. Por su parte, el artículo 7º del Código Penal declara: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El principio de legalidad, plenamente reconocido y garantizado en el precepto constitucional citado, se complementa con la legalidad en la ejecución de las sanciones impuestas a los delinquentes por los jueces y tribunales.\* Esa tarea, en toda la República por lo que se refiere a delitos federales y en el Distrito Federal, por lo que respecta a los comunes, se confiere al Ejecutivo Federal, por conducto de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación (en los Estados al Ejecutivo local).

---

\* Consúltense, en lo conducente, los artículos 15, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el *Diario Oficial* de la Federación del 19 de mayo de 1971, se publicó la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y entró en vigor el 19 de junio del mismo año. Tiene como fin organizar el sistema penitenciario en la República Mexicana, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social del delincuente. Destaca, como institución importante, la remisión parcial de la pena, que consiste en la reducción de un día de sanción privativa de libertad por cada dos laborados, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el reclusorio y revele, por otros datos, efectiva readaptación social. Esto último será, en todo caso, el factor determinante para la concesión de la remisión parcial de la pena.

## VIII

### INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

SUMARIO: 1. Diversas clases de interpretación.—2. Por su origen o por los sujetos que la realizan.—3. Por los medios o métodos empleados.—4. Por sus resultados.—5. La interpretación en materia penal.—6. La interpretación de la Ley Penal en el Derecho positivo mexicano.—7. La ignorancia de la Ley Penal.

1. DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACIÓN. Suele dividirse la interpretación de la ley según diversos criterios. Por los sujetos que la realizan, es decir, según su origen, se habla de interpretación privada o doctrinal, judicial o jurisdiccional y auténtica o legislativa. Por los medios o métodos empleados, se le clasifica en gramatical y lógica o teleológica. En cuanto al resultado se divide en declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.<sup>1</sup>

2. POR SU ORIGEN O POR LOS SUJETOS QUE LA REALIZAN. De acuerdo con este criterio, la interpretación puede ser privada o doctrinal, judicial o jurisdiccional y auténtica o legislativa.  
a) Privada o doctrinal. Es la interpretación que de las leyes realizan los particulares; de ahí su nombre de privada. Se le denomina doctrinal cuando es hecha por los estudiosos del Derecho, por los doctos en la materia, ya sea mediante tratados,

<sup>1</sup> CELESTINO PORTE PETIT, después de expresar su criterio en el sentido de la necesidad de interpretar la ley, afirma: "Es casi unánime la opinión de que las clases de interpretación van en razón del *sujeto*, de los *medios para realizarla*, y de los *resultados a que se arriba*." (Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pág. 124, Edit. Jurídica Mexicana, México. 1969.)

artículos en revistas y periódicos o en la cátedra. Esta forma de interpretación es de gran utilidad, frecuentemente sirve de guía a los juzgadores para normar su criterio, máxime cuando procede de personas cuyos razonamientos poseen capacidad de convencimiento.

b) Judicial o jurisdiccional. La llevan a cabo los jueces y tribunales en su diaria tarea de impartir justicia. Para lograrla, generalmente toman en cuenta la interpretación legislativa, si existe, y la doctrinal, si la hay, así como su propio criterio, resultando una interpretación sui generis.

c) Auténtica o legislativa. La emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta. Puede ser contextual o posterior, según se haga en el mismo texto legal o en otro expedido después; es decir, a veces formula normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal, o bien, en una ley diferente alusiva a la que se pretende desentrañar.

3. POR LOS MEDIOS O MÉTODOS EMPLEADOS. De acuerdo con este punto de vista, la interpretación puede ser gramatical y lógica o teleológica.

a) Gramatical. Consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal.

b) Lógica. Correctamente debe denominársele teleológica y tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivos y de las actas de los trabajos preparatorios. Procura descubrir la atmósfera en donde nació la ley a la vida jurídica, para desentrañar el fin que persigue. "Para hacer ese descubrimiento —dice Villalobos—, del fin perseguido por una ley y dar su justo sentido a las palabras empleadas en ella, se ha recomendado siempre un método *histórico* que consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la disposición, a fin de advertir la necesidad que provocó su expedición, el mal que trató de remediarse, el hecho social que quiso impulsar, mantener o prevenir, el interés que debió ampararse jurídicamente, las leyes o doctrinas que sirvieron de modelos o de inspiración y aun el sentido usual que tenían las palabras o fra-



ses empleadas. Todo ello contribuirá a trazar la línea directriz hacia el fin que se propuso la ley de que se trate y hacia la exacta interpretación de la misma.”<sup>2</sup> Para esta interpretación finalista o teleológica deben tenerse presentes, según la anterior transcripción, los factores sociológicos, éticos, políticos e históricos, en consonancia con el Derecho comparado.

La interpretación lógica o teleológica debe hacerse, naturalmente, en forma sistemática; por tanto es preciso atender a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la norma que se interpreta, la cual forma parte de un cuerpo de leyes y éste, a su vez, del ordenamiento total. El Derecho es uno solo y en él hay armonía perfecta. En caso de aparente contradicción de unas normas con otras, deberá tenerse presente la jerarquía de las leyes.

4. POR SUS RESULTADOS. Según este criterio, la interpretación puede ser declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

a) *Declarativa.* Es declarativa si, a juicio del intérprete, las palabras usadas en el texto significan exactamente lo que su entendimiento idiomático, o sea cuando descubre que la ley dice precisamente lo mismo que expresan las palabras empleadas. “Es declarativa —según Villalobos—, cuando sólo expresa el significado estricto de la disposición.”<sup>3</sup> Porte Petit, por su parte, afirma: “La interpretación es declarativa, estricta o lata, cuando se establece la conformidad de la letra de la ley con la voluntad de ésta.”<sup>4</sup>

b) *Extensiva.* Es extensiva, si el intérprete concluye que las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley; el intérprete descubre que es más amplio el ámbito de la disposición. En la interpretación extensiva se amplía el significado estricto de las palabras empleadas, para lograr que coincida con lo que se quiso expresar, pero que no lo dicen claramente los vocablos utilizados (minus dixit quam voluit). En la interpretación extensiva no se pretende ir más allá de la voluntad de la ley, sino descubrirla, a pesar de que en un sentido estricto las palabras dicen menos de lo que se

<sup>2</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 144, 2ª Edic. Porrúa, 1960.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pág. 139.

<sup>4</sup> Notas.

pretendió expresar con ellas. "Es extensiva cuando comprende, por referirse al espíritu de la ley y no sólo a su forma literal, casos, circunstancias, elementos o condiciones que en un rigor gramatical pudiera creerse que no están expresados en el precepto."<sup>5</sup>

Para Porte Petit "la interpretación es extensiva, cuando se extiende el texto de la ley a la voluntad de ésta" y niega el criterio de Ruggiere que estima la interpretación extensiva como una verdadera y propia integración de las normas.

c) Restictiva. Cuando según el intérprete las palabras empleadas en la ley expresan más de lo que significan, se habla de una interpretación restrictiva (*potius dixit quam voluit*). "Es restrictiva cuando se descubre que las palabras tienen mayor vaguedad o amplitud de la que conviene a la intención o a la mente de la ley y se desecha todo lo que no corresponde a estas últimas, aun cuando en los términos improprios o descuidados del precepto pudieran caber."<sup>6</sup> Manuel Pavón Aparicio la define como "aquella que reduce el alcance del precepto legal por considerar que la letra tiene un significado menor del que aparenta".<sup>7</sup>

d) Progresiva. "Atiende a elementos cambiantes de cultura, de costumbres y de medio social, comprendidos en la ley o supuestos por ella, y evoluciona de acuerdo con esos factores, aun cuando la redacción del precepto permanezca inalterada."<sup>8</sup> Para Porte Petit consiste en "adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes".<sup>9</sup>

5. LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA PENAL. Uno de los juicios más equivocados, aun entre abogados, consiste en creer que la ley penal no se interpreta. Esta manera de pensar desconoce el problema mismo; interpretar una ley es entenderla, precisar su contenido, desentrañar su sentido. En las leyes penales, como en otras, puede ocurrir que el texto no se encuentre ex-

<sup>5</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 139.

<sup>6</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 139.

<sup>7</sup> *Ensayo sobre la Integración de la Ley Penal*, edic. Jus. México.

<sup>8</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 140.

<sup>9</sup> Notas.

presado con claridad; entonces será preciso limitar y determinar sus alcances. Aún siendo clara la ley, será urgente entender su contenido para poder adecuar a ella el caso concreto.

6. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. Es muy común la confusión entre *interpretación analógica* y *aplicación analógica* de la ley penal, cuando en realidad se trata de cuestiones diferentes. La aplicación por analogía consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico, lo cual equivale a crear delitos no establecidos por la ley; mientras la interpretación analógica estriba en aclarar la voluntad de la norma, al comprender situaciones que, inmersas en el propósito de la ley, no se describen expresamente. Nuestra Carta Fundamental prohíbe de manera terminante la aplicación analógica, pues al ser efectuada por el juez equivaldría a la integración misma de la ley y tal tarea sólo corresponde al legislador. En cambio, la interpretación analógica se realiza con apoyo en una situación prevista en la misma norma jurídica; ello ocurre en muchísimos casos; puede citarse, como ejemplo, el artículo 387 del Código Penal del Distrito que establece: "Al que obtenga dinero, valores, o cualquiera otra cosa ofreciendo. . ." Indudablemente en la frase "cualquiera otra cosa", se está facultando al intérprete para usar la analogía como sistema o método de interpretación. Sobre este particular Carrancá y Trujillo expresa: "La justificación de estos casos de interpretación analógica judicial está en la voluntad del legislador auténticamente expresada, por lo que no se viola el principio de la garantía criminal y penal."<sup>10</sup>

Para Pavón Vasconcelos, la analogía debe conectarse, necesariamente, con el problema de la *integración* de la ley penal; la simple interpretación analógica sale de tal reducto, pues no es su misión crear normas para resolver un conflicto que no encuentra, por la presencia de una laguna de la ley, solución concreta en el ordenamiento jurídico. La interpretación analógica consiste —como afirma Paoli— en un medio lícito de comprensión de la ley penal, por cuanto una disposición obscura o dudosa "puede

<sup>10</sup> *Op. cit.*, I, pág. 139.

ser entendida de acuerdo con otros textos penales que regulen casos semejantes".<sup>11</sup>

7. LA IGNORANCIA DE LA LEY PENAL. De acuerdo con el Código Civil del Distrito (en esta materia con carácter federal), la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Reconócese así el principio universalmente admitido de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha. Sin embargo, de conformidad con las reglas prescritas por el artículo 52 del Código Penal, el juzgador, al individualizar la pena, debe tener presentes las circunstancias personales del infractor y en atención a las mismas, así como a las exteriores de ejecución del delito, señalar la sanción adecuada dentro de los márgenes mínimo y máximo que para cada caso dispone la ley; en esa forma, el juez valora la personalidad del delincuente atendiendo también a su grado de instrucción. De todos modos, debe quedar perfectamente claro que la ignorancia de la ley no es, por sí misma, excluyente de responsabilidad penal o causa de impunidad, sólo sirve para adecuar la pena dentro de los límites respectivos.

"En nuestro Derecho Penal —escribe Carrancá y Trujillo—, se engloba por igual a todos los responsables por hechos delictuosos (Art. 13 del Código Penal) y únicamente se atempera en algo el rigor de la igualdad al obligar al juez, en el momento de fijar la pena, a atender a las condiciones personales del delincuente: edad, educación, ilustración, costumbres y conducta precedente (Art. 52 del Código Penal)." <sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Apuntes de Derecho Penal*, 1959.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, I, pág. 141.

## IX

### DE LOS AMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

#### A) *Validez de la Ley Penal en cuanto a su Materia*

SUMARIO: 1. Cuestiones que comprende el tema relativo a los ámbitos de validez de la Ley Penal.—2. Validez material de la Ley Penal; el reparto de competencias según nuestro sistema constitucional.—3. Derecho Penal mexicano común y federal.—4. Competencias común y federal.—5. Derecho Penal Militar.

1. CUESTIONES QUE COMPRENDE EL TEMA RELATIVO A LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL. Dentro de la *Teoría de la Ley Penal*, merece especial atención el problema de los ámbitos de validez, comprensivo de varios aspectos, a saber: validez de la ley penal en cuanto a su *materia*; en relación con el *espacio*; en el *tiempo*; y, con respecto a las *personas*. En seguida nos ocuparemos de la validez de la ley penal en razón de la materia.

2. VALIDEZ MATERIAL DE LA LEY PENAL; EL REPARTO DE COMPETENCIAS SEGÚN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL. En la República Mexicana, en función del sistema federal, existen delitos que afectan esta materia; otros se contraen a la reservada a los Estados miembros.

La Constitución tiene el rango de ordenamiento fundamental en la vida del Estado, por ser expresión de la soberanía del pueblo. Es la ley que rige las leyes y autoriza a las autoridades. Puede definirse como *la ley suprema de un país que establece su forma y organización y fija los límites del poder público al ga-*

*rantizar ciertos derechos individuales y de grupo.* Toda Constitución comprende dos partes: una dogmática y otra orgánica. En la parte dogmática se reconocen los derechos fundamentales de los individuos y de ciertos grupos. La parte orgánica tiene por objeto organizar el poder público.

Nuestra Carta Magna dispone en su artículo 124, que todas aquellas funciones o actividades por ella misma no conferidas en forma expresa a los poderes federales, se entienden reservadas a los Estados miembros. El precepto hace el reparto de competencias entre los dos órdenes legislativos: *común y federal*; éste es de excepción, mientras aquél lo rige todo y de ahí su denominación de *orden común*. Existe, por lo tanto, una dualidad de competencias, la ordinaria o común y la excepcional o federal. Los poderes federales son mandatarios con facultades limitadas y expresas de que enumeradamente están dotados; cualquier ejercicio de facultades no conferidas de modo expreso, entraña un exceso en el mandato y por ende un acto nulo.

3. DERECHO PENAL MEXICANO COMÚN Y FEDERAL. La fracción XXI del artículo 73 de la Constitución de la República, faculta al Congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por dichas infracciones deban imponerse. Por otra parte, cada una de las treinta y una Entidades Federativas, por conducto de su Poder Legislativo local, dicta para su territorio las leyes pertinentes, tanto en materia penal como en otros órdenes, debiendo respetar siempre los postulados generales preceptuados por la Constitución Federal.

Ahora bien, como el Distrito (y antes también los Territorios Federales) carece de Poder Legislativo local propio, la función legislativa ha sido encomendada al Congreso de la Unión, según lo establece la fracción VI del artículo 73 constitucional. Se advierte claramente que, de hecho, el Congreso de la Unión (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores), ejerce una doble actividad legislativa. Al actuar como organismo local para el Distrito Federal, se equipara, cuando realiza tales funciones, a la legislatura de cualesquiera de los Estados miembros; funge como Poder Legislativo para toda la República,

esto es, como auténtico Congreso Federal, cuando legisla sobre materias reservadas a la Federación.

4. **COMPETENCIA PENAL COMÚN Y FEDERAL.** El artículo 1º del Código Penal de 1931 dispone: "Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales. (Véase la nota 13 del Cap. III.)

Todos los delitos son de la competencia común, excepto los que el Legislativo Federal, al ejercer las facultades conferidas por la Constitución, ha creído conveniente señalar como federales. En el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se enumeran los delitos que afectan esta materia;<sup>1</sup> los demás, se reservan a la competencia de los Estados miembros.

5. **DERECHO PENAL MILITAR.** Existe una reglamentación especial para la materia militar, en relación con los delitos en contra de la disciplina del Ejército. Tales infracciones no pueden considerarse dentro de la materia común, ni tampoco de la federal en sentido estricto, sino que caen bajo la jurisdicción militar.

En lo conducente, el artículo 13 de la Carta Magna establece: "Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra

<sup>1</sup> Artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: "...Son delitos del orden federal: a) Los previstos en las leyes federales y en los Tratados; b) Los señalados en los artículos 2º y 5º del Código Penal; c) Los oficiales o comunes cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un funcionario o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación..."

la disciplina militar, pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda."

Hay quienes sostienen que la cuestión relativa a la aplicación de la ley penal castrense debe estudiarse dentro de la validez *personal* de la ley penal. Consideramos su ubicación correcta dentro del tema de validez *material*, porque bajo el fuero de guerra no caen todos los delitos realizados por miembros del Instituto Armado, sino sólo cuando resulta directamente afectada con su comisión la materia militar, o sea la disciplina del Ejército, según se desprende de la redacción del precepto constitucional transcrito. Sin embargo, nótese que también tiene importancia la calidad de la persona, pues la ley castrense sólo tiene como destinatarios a miembros del Instituto Armado.



## X

### DE LOS AMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

#### B) *Validez Espacial de la Ley Penal*

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema.—2. El Derecho Penal Internacional.—3. Los principios: territorial, personal, real y universal.—4. El territorio del Estado.—5. Territorialidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal mexicano.—6. La extradición.—7. Extradición inter-regional.—8. Expulsión.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. En este tema estudiaremos los límites espaciales de aplicación de las leyes penales. Como la ley es la expresión de la soberanía del Estado, indudablemente ella misma debe determinar su propia esfera imperativa.

Normalmente la función represiva del Estado se lleva al cabo dentro de su territorio; en esa forma los límites de éste son también los del imperio de sus reglas jurídicas. Pero con frecuencia surgen problemas con respecto a la norma aplicable a situaciones que tuvieron por escenario el territorio de un país extranjero.

2. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Si en la antigüedad constituyó una preocupación constante la reglamentación de la ley penal en el espacio, con miras, no sólo a la defensa de un Estado sino de varios, en los tiempos modernos, con la facilidad de las comunicaciones, el problema se ha agudizado. De esa necesidad así sentida, ha surgido el llamado *Derecho Penal*

*Internacional*, nombre dado por Bentham. Luis Jiménez de Asúa lo define como el conjunto de reglas de Derecho nacional, sobre la aplicación de la ley en el espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre los Estados.<sup>1</sup> Es verdad, como lo afirma el mismo autor, que entre el título y el contenido existe profunda incongruencia, pues las normas integrantes del pretendido Derecho Penal Internacional son reglas de Derecho *interno*; para que pudiera hablarse con propiedad de un Derecho internacional, precisaría estuviera integrado por un conjunto de normas o tratados capaces de imponerse, aun por la fuerza, a los países signatarios, y como carece de esa coerción el Derecho Internacional, no tiene de *internacional* sino el nombre.<sup>2</sup>

Debemos reconocer, sin embargo, que el Derecho Internacional (con independencia de que se le considere o no en estricto rigor, auténtico Derecho) intégrase por principios del más elevado valor normativo, con la finalidad de dar solución pacífica a los problemas entre los Estados. Por otra parte, nuestra Constitución, en su artículo 133, dispone que la propia Carta Fundamental, las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución y todos los *tratados* que estén de acuerdo con la misma, serán la ley Suprema de la Unión.

3. LOS PRINCIPIOS: TERRITORIAL, PERSONAL, REAL Y UNIVERSAL. Para resolver los problemas sobre aplicabilidad de las leyes penales, se invocan diversos principios; uno de ellos es el llamado territorial, según el cual, una ley debe aplicarse únicamente dentro del territorio del Estado que la expidió, sin importar la nacionalidad de los sujetos a quienes haya de imponerse; de acuerdo con el principio *personal*, es aplicable la ley de la nación a la que pertenezca el delincuente, con independencia del lugar de realización del delito; el principio *real* atiende a los intereses jurídicamente protegidos y por ello es aplicable

<sup>1</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 192, edic. Andrés Bello, Caracas.

<sup>2</sup> Hay una corriente de pensamiento, muy respetable no sólo por la calidad de quienes la sostienen, sino por la argumentación en que pretende fundarse, que trata de demostrar cómo el Derecho Internacional es auténtico Derecho.

la ley adecuada para la protección; conforme al principio universal, todas las naciones tendrían derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, cometidos en territorio propio o ajeno, en tanto estuviera a su alcance el delincuente.

"La sola enunciación de estos principios —dice Villalobos—, permite apreciar que se trata de proposiciones hechas para resolver el problema, sin que en manera alguna sea fácil admitir su conciliación o la convivencia de tales fórmulas respecto a las mismas leyes y a la misma clase de hechos, puesto que sus términos expresan la contradicción. La que se justificara o se hallara irreprochablemente fundada en la razón, sería la única que pudiera constituir un principio... Los principios son verdades o fundamentos de razón de donde se hacen derivar las conclusiones o segundas proposiciones de una ciencia o de una técnica; no puede haber verdades contradictorias... (frente al principio que afirma que las leyes de un Estado sólo pueden tener efecto en su propio territorio, es ilógico admitir cualquiera fórmula de lo contrario)... Si la verdad es una, habrá que pesar bien los motivos y las razones antes de aceptar un principio; pero aceptado o establecido, hay que reconocer que sólo puede ser uno en una misma cuestión."<sup>3</sup>

La ley mexicana se acoge a diversos principios, pero en términos generales sigue el de territorialidad.

4. EL TERRITORIO DEL ESTADO. Aun cuando etimológicamente la palabra *territorio* significa algo relativo a la tierra, tratándose del Estado, su territorio no está formado únicamente por el suelo, sino también por el subsuelo, la atmósfera, una faja de mar a lo largo de las costas y la plataforma continental.

Se llama territorio del Estado a todo el espacio sobre el cual éste ejerce normalmente su poder; es el campo de imperio del poder del Estado. Conforme al artículo 42 de nuestra Constitución, el territorio de la República comprende el de las partes integrantes de la Federación y, además, el de las islas adyacentes en ambos mares, incluyendo los arrecifes y cayos; además,

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pág. 148.

el de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico; la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional, y las marítimas interiores; y, el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que especifica el propio Derecho Internacional.

5. TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. El artículo 1º del Código Penal dispone: "Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales Federales." El precepto fija expresamente el ámbito de validez espacial de la ley penal. De su redacción parece desprenderse que el Código Penal mexicano se inspira únicamente en el principio de territorialidad pues, razonando a *contrario sensu*, se concluye que no tiene eficacia fuera de nuestras fronteras. Sin embargo en otros preceptos se admite la *extraterritorialidad* de la ley penal mexicana.

El artículo 2º dice: "Se aplicará asimismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, y II. Por los delitos cometidos en los Consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron." De la primera fracción del artículo pueden derivarse dos situaciones: a) Que el delito se inicie o se prepare en el extranjero, pero efectivamente se cometa en México; y, b) Que el delito se consume en el extranjero, pero sus efectos lesionen el Derecho patrio. Para esta segunda hipótesis, Francisco González de la Vega<sup>4</sup> anota como ejemplo la falsificación de moneda mexicana en el extranjero.

En el primer caso contemplado por la fracción I, se sigue el principio de *territorialidad*, ya que se infringen las normas

---

<sup>4</sup> *Código Penal Comentado*, pág. 68, México, 1939.

jurídicas patrias. En el segundo, se aplica el principio *real* y, por lo tanto, se acepta la extraterritorialidad de la ley mexicana.

La fracción II, al permitir la aplicación de la ley mexicana a situaciones acaecidas fuera de nuestras fronteras, se acoge a la extraterritorialidad. Nótese cómo en un mismo artículo se siguen dos principios diversos.

El artículo 3º establece: "Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes." Aquí surge de nuevo el principio territorial, porque siendo prolongada la conducta ilícita, infringe, dentro de nuestra patria, las normas jurídicas nacionales. El artículo 19 del Código Penal define el delito continuo como "aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen". Cuando hagamos estudios posteriores criticaremos la fórmula legal; por ahora bástenos decir que el precepto alude al denominado en la doctrina delito *permanente* y no al propiamente *continuado*.<sup>5</sup>

El artículo 4º del Código Penal preceptúa: "Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicano o contra extranjero, o por extranjero contra un mexicano, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República." "Este precepto —dice González de la Vega— en su primera hipótesis (delito cometido por mexicano en territorio extranjero), admite el principio o estatuto personal, sea por respeto al vínculo de fidelidad que debe unir al súbdito con su Estado, sea porque no es posible concebir que un Estado se transforme en seguro refugio para sus nacionales autores de crímenes fuera de su frontera, o sea

---

<sup>5</sup> En el capítulo XIV se precisa la diferencia entre el delito continuado y el permanente.

porque esta regla de persecución es la justa contrapartida de la no extradición de nacionales, práctica indudable de la mayor parte de los países. Pero la ley patria rige el acto delictivo en forma supletoria o condicionada a la reunión de los tres requisitos marcados en el precepto. La segunda hipótesis (delito cometido en territorio extranjero contra mexicanos) está fundada en la obligación del Estado de proteger a sus propios nacionales donde se encuentren. . .”<sup>6</sup> Aquí nuevamente se advierte la aplicación *extraterritorial* de la ley mexicana.

El artículo 5º establece: “Se considerarán como ejecutados en territorio de la República: I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto; III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad; IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.”

a) *Buques mercantes.* González de la Vega estima que los delitos cometidos en buques mercantes abanderados como mexicanos en mar libre, por ficción legal, se reputan cometidos en territorio de la República, debido a la ausencia de soberanía directa, respetándose la simbolizada por la bandera. La ficción cede cuando el buque se encuentra surto en puerto o en aguas territoriales extranjeras, en cuyo caso sólo serán considerados como realizados en territorio patrio, los delitos no juzgados en la nación en que se cometieron (*extraterritorialidad*).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Código Penal Comentado*, pág. 69, México, 1939.

<sup>7</sup> *Código Penal Comentado*, pág. 70, México, 1939.

Jose Manuel Lopez Valero  
6 Julio 1978

b) *Buques de guerra*. Por ficción legal, se aplica también el principio de extraterritorialidad.

c) *Buques extranjeros en puertos o en aguas mexicanas*. La solución mexicana está dictada, exclusivamente, por principios de utilidad nacional, para los casos en que la infracción perturbe la tranquilidad pública, o los protagonistas no fueren de la tripulación.<sup>8</sup> Aquí rige el principio territorial, porque el delito tendría lugar dentro de los límites mexicanos, por formar parte del territorio del Estado el mar que baña las costas.

d) *Aeronaves nacionales o extranjeras*. Se dan las mismas soluciones que para los buques, entendiéndose que forma parte del territorio la atmósfera vertical al Estado subyacente.

e) *Embajadas y legaciones mexicanas*. Sobre el particular Villalobos escribe: "La ficción de extraterritorialidad que conserva nuestro Código respecto a las Embajadas y Legaciones, obedece a una tradición que no se admite ya de manera uniforme, que ha objetado la misma España (de donde partió), durante la última guerra civil y que muchos autores consideran abandonada o totalmente arrumbada, por estimar que no se puede admitir la existencia de un Estado dentro de otro Estado; porque ello daría lugar a un moderno y perjudicial derecho de asilo y porque basta la cortesía y la inmunidad personal de los diplomáticos, para explicar cualquier actitud respetuosa y abstencionista que un gobierno adopte respecto a las embajadas y legaciones ante él acreditadas."<sup>9</sup>

6. LA EXTRADICIÓN. La urgencia de sancionar al autor de un hecho criminal que se refugia en un país distinto al de la comisión del delito, ha hecho surgir la institución llamada *extradición*. Indudablemente el responsable de un comportamiento delictuoso debe ser juzgado y sancionado en el lugar en donde ejecutó el acto típico violatorio de los intereses tutelados por el Derecho; ahí es el sitio en el cual tiene eficacia la ejemplari-

<sup>8</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Op. cit.*, pág. 71.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pág. 154.

dad de la pena y donde normalmente existen las pruebas necesarias para la instauración del proceso respectivo.

Jiménez de Asúa escribe: "La extradición es la entrega del acusado o del condenado, para juzgarlo o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país en que buscó refugio."<sup>10</sup> Cuello Calón afirma: "La extradición es el acto por el cual un gobierno entrega un individuo refugiado en su territorio al gobierno de otro país que lo reclama por razón de delito, para que sea juzgado, y si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o la medida de seguridad impuesta."<sup>11</sup> El propio Cuello Calón justifica esta institución por su necesidad para la realización de la defensa social contra la delincuencia, mientras Garraud sólo ve en ella la reciprocidad entre los Estados. Nosotros creemos, con Jiménez de Asúa, que no se trata de una simple reciprocidad entre los países, sino de un verdadero acto de asistencia jurídica entre ellos, pero basado en la necesidad de asegurar la defensa contra la delincuencia.

Los tratados de extradición son meros convenios mediante los cuales los Estados se comprometen, recíprocamente, a entregarse determinados delincuentes, previo el cumplimiento de algunas formalidades.

Los autores distinguen dos clases de extradición: *activa* y *pasiva*. La primera es la solicitud de un Estado a otro pidiéndole la entrega de un delincuente; la pasiva consiste en la entrega que hace del delincuente el Estado requerido, o sea el acto por el cual un país obsequia la petición del Estado requirente. Se habla de extradición *voluntaria* si el delincuente se pone a disposición, sin formalidades, del país en donde infringió la Ley. Es *espontánea* cuando el Estado en cuyo territorio se halla el inculcado, ofrece entregarlo a la nación en la cual delinquiró. La extradición de *tránsito* consiste en el permiso dado por un Estado para que pase por su territorio el delincuente, a fin de ser enviado a otro país.

---

<sup>10</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 215, edic. Andrés Bello, Caracas.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pág. 205.



Conforme al artículo 15 de nuestra Carta Fundamental, no es posible la extradición de reos políticos, ni de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país en donde delinquieron la condición de esclavos.<sup>12</sup> En el Derecho Internacional, cuando se trata de un atentado contra un Jefe de Estado y hasta de sus familiares más próximos, pese a que en realidad el caso revista carácter político, se concede la extradición. En consecuencia, para que proceda la entrega del delincuente, se considera como delito del orden común. Este principio se conoce como Cláusula del Atentado y se inserta en los Tratados Internacionales, a fin de que quien atenta contra un Jefe de Estado y sus familiares, pueda ser extraditado. Esta Cláusula, dice acertadamente el profesor Julio Miranda Calderón, nació en 1853 en Bélgica para proteger la vida de Napoleón III con motivo del atentado de Bruselas. En la Tercera Reunión Interamericana de Jurisconsultos, se sostuvo la idea de continuar apoyando la existencia de la Cláusula del Atentado en los Tratados Internacionales.

Cifándose a lo ordenado por la Constitución General, nuestra República ha celebrado tratados de extradición con muchos países europeos y con casi todos los de América. En esos tratados se establecen los requisitos para la procedencia de la extradición; son generalmente los siguientes: 1) Que se trate de delitos del orden común, en sentido amplio (caben también los federales); 2) Que sean punibles en ambos Estados; 3) Que tengan señalada una pena de prisión mayor de un año; 4) Que se persigan de oficio (se excluyen los perseguibles por querrela de parte); 5) Que no haya prescrito la acción para perseguirlos; 6) Que los delincuentes no hayan tenido la condición de esclavos; 7) Que no se trate de nacionales, ni de naturalizados después de dos años de haber recibido la carta de naturalización; y, 8) Que no sean delincuentes políticos.

<sup>12</sup> Artículo 15 de la Constitución Mexicana: "No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano."

## ESQUEMA

EXTRADICIÓN	Clases	Activa (petición del Estado requiriente). Pasiva (entrega del delincuente por el País requerido). Voluntaria (El delincuente se entrega, sin formalidades, al Estado que lo busca). Espontánea (el País en donde se halla el delincuente ofrece extraditarlo). De tránsito (permiso del Estado para que pase por su territorio un delincuente que va a ser entregado a otro País).
	Requisitos positivos	Delitos del orden común <i>lato sensu</i> . Punibles en ambos Estados. Que la pena sea de prisión y mayor de un año. Sólo por delitos perseguibles de oficio.
	Requisitos negativos	Que no haya prescrito la acción. Que no hayan sido esclavos los delincuentes. Que no se trate de nacionales o naturalizados después de dos años. Que no sean delincuentes políticos.

7. EXTRADICIÓN INTER-REGIONAL. Aún cuando los Estados de la República, de conformidad con el sistema federal, son autónomos en su régimen interior, se hallan sometidos a la Constitución General por razón del pacto federal; por lo tanto, los códigos locales deben sujetarse a los lineamientos de la Carta Magna, la cual dispone que cada una de las Entidades Federativas se encuentra obligada a entregar sin demora los criminales de otros Estados, a las autoridades que los reclamen. Según el artículo 119 constitucional, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria de extradición, será bastante para motivar

hasta por un mes la detención del sujeto a quien se refiera la petición, si se tratare de extradición entre los Estados miembros, y por dos meses cuando fuere internacional.<sup>13</sup>

9. EXPULSIÓN. En ejercicio de su soberanía, los Países están facultados para expulsar de su territorio a extranjeros cuando lo juzguen conveniente, sin necesidad de juicio previo. Así lo establece nuestra Carta Magna en el artículo 33. Contra la resolución del Presidente de la República ordenando la expulsión, no procede el amparo.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> La Ley Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución, es del 31 de diciembre de 1953, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de 9 de enero de 1954. El maestro Carrancá y Trujillo la resume perfectamente en los siguientes términos: "Esta ley declara obligadas a las autoridades de una entidad federativa a entregar sin demora a la autoridad requirente los reos condenados por sentencia ejecutoria, a los procesados prófugos de la justicia o a los presuntos responsables contra los que se haya dictado orden de aprehensión, cuando el exhorto o requisitoria se ajusten a la misma ley (art. 19); pero la obligación de entregar al solicitado no subsiste si el hecho de que se trata no es punible en la entidad requerida, si en la requirente solamente se pudiere imponer sanción alternativa o no corporal o si las autoridades de la entidad requerida son las competentes (artículo 29). Los requisitos de filiación, comprobación plena del delito y presuncional de la responsabilidad y expresión de la pena imponible, son indispensables en los exhortos solicitando la extradición (art. 69); realizada la captura, el reo quedará a la disposición de la autoridad requirente por un término no mayor de 30 días (art. 15); después del cual quedará en absoluta libertad (art. 20), sancionándose a la autoridad que no cumpla debidamente (art. 29). La autoridad requerida no está obligada a obsequiar el exhorto; si la requirente sostuviese su requisitoria la Suprema Corte decidirá la controversia (art. 13), pudiendo sufrir prisión de un mes a dos años la autoridad requerida que se niegue a obsequiar el exhorto y no someta a la Suprema Corte su negativa frente a la requisitoria del exhortante (artículo 29)." (*Derecho Penal Mexicano*, 6ª edición, 1962, t. I, págs. 154 y 155.)

<sup>14</sup> El Artículo 33 de la Constitución Política: "Son extranjeros los que no poseen las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.—Los extranjeros no podrán, de ninguna manera, inmiscuirse en los asuntos políticos del país."

## XI

### DE LOS AMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

#### C) *Validez Temporal de la Ley Penal*

SUMARIO: 1. Iniciación de la vigencia de la Ley Penal.—2. La retroactividad en materia penal.—3. Derecho mexicano: a) Delitos suprimidos por leyes posteriores; y, b) Modificaciones favorables en leyes posteriores.—4. Tesis defensistas.—5. La retroactividad en las leyes excepcionales.

I. INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY PENAL. Racionalmente las normas jurídicas deben obligar a partir del momento de la iniciación de su vigencia; resultaría inequitativo que el Estado exigiera el cumplimiento de disposiciones no nacidas propiamente. Por ello la ley se da a conocer a los individuos que deben cumplirla. Generalmente la iniciación de la vigencia de las leyes queda supeditada al acto material de su publicación, concediéndose un tiempo necesario para ser conocidas.

El artículo 4º del Código Civil de 1928 (en esta materia adquiere carácter federal), establece que la propia ley puede fijar la fecha de iniciación de su obligatoriedad, si su publicación es anterior. El artículo 3º preceptúa que a falta de declaración expresa, la nueva ley entrará en vigor tres días después, de su publicación en el *Diario Oficial*, si se trata del lugar en donde dicho periódico se edita, y un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad, según la distancia del lugar de la publicación con el de su aplicación. Conforme

a los artículos 9 y 10, la ley sólo puede ser abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare, o contenga disposiciones incompatibles con la anterior, y contra su observancia no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

El Código Penal del Distrito y Territorios Federales entró en vigor el 17 de septiembre de 1931, abrogando el de 15 de diciembre de 1929, así como todas las leyes a él opuestas. Dicho Código es aplicable sólo a partir de su vigencia, salvo los casos que después se estudiarán.

2. LA RETROACTIVIDAD EN MATERIA PENAL. Según el lenguaje ordinario, una ley es retroactiva si obra sobre el pasado; cuando actúa sobre situaciones anteriores a la iniciación de su vigencia. Nuestra Constitución Federal, en el artículo 14, establece de manera terminante que *a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*; el mismo ordenamiento consagra la garantía de *legalidad* al disponer que 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*.

Como la Constitución es el ordenamiento supremo y fundamental, las otras leyes deben sujetarse a los lineamientos por ella señalados; por eso, en materia de retroactividad, debe estarse a lo mandado por el artículo citado en el párrafo anterior. Del análisis de tal precepto se desprende que cuando se cause perjuicio a alguna persona, no pueden retrotraerse los efectos de la ley, pero nada se opone, constitucionalmente hablando, a la aplicación retroactiva de un precepto si dicha aplicación beneficia; lo que la Constitución prohíbe es la retroactividad perjudicial.

3. DERECHO MEXICANO. a) *Delitos suprimidos por leyes posteriores*. Cuando una nueva ley suprime el carácter delictuoso de una conducta o hecho que en la ley anterior estaba conminado con la imposición de una pena, pueden presentarse dos situaciones: 1ª El sujeto que realizó la conducta

se encuentra procesado; y, 2ª Ya se dictó sentencia definitiva. Para el primer caso debe operar la retroactividad en beneficio del procesado, pues como afirma Carrancá y Trujillo, si la nueva ley quita ilicitud al hecho, reprimirlo sería odioso. El proceso debe quedar insubsistente y en libertad absoluta el procesado. En relación con el segundo caso, unos autores se inclinan por la aplicación retroactiva en beneficio del sentenciado, mientras otros opinan lo contrario, teniendo en cuenta la santidad y la respetabilidad de la cosa juzgada.

Nuestra ley positiva intenta resolver estos problemas en el artículo 57: "Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas y cesarán de derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en lo futuro."<sup>1</sup>

b) Modificaciones favorables en leyes posteriores. El artículo 56 del Código Penal establece: "Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en otra ley vigente al cometerse el delito o la substituyan con otra menor, se aplicará la nueva ley. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubiera impuesto una sanción corporal, se dictare una ley que dejando subsistente la sanción señalada al delito, sólo disminuya su duración, si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la sanción impuesta, en la misma proporción en que estén el mínimo de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior."

El precepto transcrito obliga al juzgador a aplicar retroactivamente las nuevas leyes, siempre y cuando sean más benignas

<sup>1</sup> El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, en su artículo 6º párrafo tercero, acepta el mismo criterio: "Cuando la nueva ley deje de considerar una determinada conducta o hecho como delictuoso, se ordenará la absoluta libertad de los procesados o sentenciados, cesando el procedimiento o los efectos de la sentencia pronunciada." El Proyecto de Código Penal Tipo de 1963 reproduce la misma disposición, pero agrega que cesarán los efectos de la sentencia "con excepción de la reparación del daño, cuando ya se haya hecho efectiva" (artículo 59).

en relación a las que regían al tiempo de la comisión del hecho delictuoso, siempre que no haya sido pronunciada sentencia irrevocable; si ya se hubiera dictado, requiérese, según el dispositivo, que el reo haga la petición correspondiente para lograr la reducción de la pena fijada. Por otra parte, según el artículo 2º transitorio del Ordenamiento represivo, tanto el Código Penal de 1929 como el de 1871, deberán continuar aplicándose por los hechos ejecutados, respectivamente, durante su vigencia, salvo cuando los acusados manifiesten su voluntad de acogerse al ordenamiento que estimen más favorable, entre la legislación actual y la vigente al tiempo de la perpetración del delito. Dicho precepto deja al responsable del hecho delictuoso en libertad para elegir la ley más favorable a sus intereses; pero ante el mandato del artículo 56, debe concluirse que si por falta de conocimientos o por equivocada valoración, el sujeto elige una ley estimándola más benigna pero en realidad le perjudica, el juez deberá resolver la situación aplicando la norma menos enérgica, aún contrariando la elección hecha por el interesado.<sup>2</sup> Este problema en la actualidad sólo posee interés doctrinario, habida cuenta de que el Ordenamiento Penal es del año de 1931; por ende, resulta ya prácticamente inaplicable el artículo 2º transitorio.

4. TESIS DEFENSISTAS. A pesar de lo expuesto respecto a la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente una ley cuando se causen perjuicios a las personas, conviene advertir que no han faltado, de entre los positivistas y sus seguidores, numerosas opiniones en contrario. Para Ferri y Florián, por ejemplo, consecuentes con sus teorías defensistas, la nueva ley debe aplicarse siempre, aun en los casos ocurridos antes, independien-

<sup>2</sup> El Anteproyecto del Código Penal elaborado en 1958, dando mayor amplitud a las hipótesis comprendidas en el texto vigente, regula los siguientes casos: a) Cuando la nueva ley disminuya la sanción; b) Cuando la substituya por otra menos grave; c) Cuando se cambie la naturaleza de la sanción d) Cuando se modificaren los elementos típicos del delito y el caso concreto se ajustare a la nueva descripción legal, en cuya situación, ateniéndose al mandato constitucional, sólo se aplicará la nueva ley si la pena es más favorable al delincuente (artículos 6º y 7º). El Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, reproduce, en lo substancial, los puntos a, b y c (artículo 4º).

temente de que sea más benigna o más enérgica con relación a la vigente al efectuarse la conducta delictuosa. Según ellos el alumbramiento de una ley, evidencia que la antigua no cumplía con la función de defensa de la sociedad, mientras la nueva es siempre la medida adecuada para el aseguramiento de dicha tutela. Para estos autores se justifica plenamente la aplicación retroactiva de la norma penal, por considerar que cuando la ley posterior establece otros delitos o reprime más severamente los ya existentes, significa la insuficiencia de la legislación anterior para asegurar la salvaguarda de las nuevas condiciones sociales. Si la ley más reciente suprime determinados delitos o disminuye sus sanciones, quiere decir que la antigua era excesiva o innecesaria para garantizar la defensa colectiva.

Ante la terminante disposición de carácter general contenida en el artículo 14 de la Constitución y en las normas especiales concordantes de los artículos 56 y 57 del Código Penal, no pueden admitirse las tesis defensistas en el Derecho positivo mexicano.

5. LA RETROACTIVIDAD EN LAS LEYES EXCEPCIONALES. Especial interés reviste indagar si el principio de retroactividad opera en los casos de penas impuestas mediante la aplicación de *leyes excepcionales*, dictadas a virtud de situaciones especiales de emergencia nacional, o por estar en guerra el país, una vez terminada la temporalidad de las mismas, por desaparición de las causas que las originaron. Mientras en la doctrina el problema es debatible al invocarse la autoridad de la cosa juzgada frente al criterio de la falta de ejemplaridad de la pena, por el cambio de situación que origina la derogación de la ley temporal, en nuestro Derecho positivo la solución se encuentra en la aplicación retroactiva de la ley permanente, atento el mandato del artículo 14 constitucional, por ser más beneficiosa al acusado.



## XII

### DE LOS AMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

#### D) *Validez Personal de la Ley Penal*

SUMARIO: 1. La igualdad ante el Derecho Penal.—2. Inmunidad o fuero; su concepto y la razón de su existencia.—3. El fuero en el Derecho mexicano.—4. Responsabilidad de los funcionarios públicos.—5. La inmunidad diplomática.

1. IGUALDAD ANTE EL DERECHO PENAL. El principio de la igualdad de los hombres ante la ley es de aplicación relativamente reciente; a pesar de su igualdad natural, las legislaciones los han considerado de manera desigual. Antiguamente los nobles y los poderosos eran juzgados por leyes incomparablemente más benignas que las aplicables a los plebeyos y a los humildes. Esto sin remontarnos a la época de la esclavitud, institución en donde el esclavo no era considerado siquiera como persona. En Nueva España fue admirable el esfuerzo realizado por los primeros misioneros para que a los indios se les considerara como personas; hubo necesidad de bulas papales para declarar a los nativos *entes de razón*.

A fines del siglo XVIII, al difundir la revolución francesa, por todas partes, las ideas de libertad y fraternidad humanas, consagró el principio de la igualdad de los hombres ante la ley. En el artículo 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre, quedó establecido: "La ley debe ser la misma para todos, así cuando protege como cuando castiga." Nuestra Constitu-

ción, en los artículos 1º, 12, 13 y otros, consagra la igualdad y la libertad de todos.

"La igualdad esencial de los hombres, por la cual deben tener las leyes y las jurisdicciones un carácter general, no impide, por supuesto, tener en consideración las notas diferenciales de cada delito y de cada delincuente, en cuanto influyen para fijar la responsabilidad y la peligrosidad que han de individualizar los juicios y los tratamientos bajo el imperio de una ley común."<sup>1</sup>

2. INMUNIDAD O FUERO; SU CONCEPTO Y LA RAZÓN DE SU EXISTENCIA. Para Felipe Tena Ramírez, la inmunidad constituye un privilegio del funcionario, consistente en dejarlo exento de la jurisdicción ordinaria; por eso dicho privilegio recibe el nombre de fuero, evocando aquellos antiguos derechos que tenían ciertas personas para ser juzgadas por tribunales de su clase y no por la justicia común. El fuero no existe en materia civil y sólo se da para preservar al funcionario contra la autoridad por los delitos y faltas que se le atribuyan.<sup>2</sup>

En estricto rigor, no son lo mismo la inmunidad y el fuero; aquélla deja a la persona exenta de castigo por los delitos y faltas que realice; mientras el fuero, privilegio también, sólo tiene la virtud de preservar al sujeto de ser enjuiciado por los tribunales ordinarios, o de que éstos únicamente puedan juzgarlo si se llenan ciertos requisitos.

3. EL FUERO EN EL DERECHO MEXICANO. El artículo 13 de nuestra Carta Fundamental preceptúa: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero..." El artículo 13 del Código Penal dice: "Son responsables de los delitos: I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; y, IV. Los que, en casos previstos por la

<sup>1</sup> I. VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, pág. 181, 2ª Edic. Porrúa, 1960.

<sup>2</sup> *Derecho Constitucional Mexicano*, pág. 563, edic. 1955, Porrúa.

ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa.”

De tales preceptos se deduce que en Derecho positivo mexicano existe absoluta igualdad para todos; a pesar de ello, la propia Constitución establece algunas excepciones para quienes ocupan determinados cargos públicos, a fin de hacer posible el desempeño de sus funciones, sin peligro de ser enjuiciados como resultado de acusaciones que, en muchos casos, serían infundadas y solo servirían como medio político de ataque. La misión encomendada a ciertos funcionarios no debe ser interrumpida bajo ningún concepto. De tales casos nos ocuparemos a continuación.

4. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. (Título Cuarto de la Constitución.) Los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113 de la Constitución Federal, reglamentan lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios públicos. La Ley Suprema enumera a los que gozan de fuero. Con fines exclusivamente didácticos pueden señalarse tres categorías, cada una de ellas con perfiles diferentes.

Primera Categoría. La integran los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la Nación, quienes son responsables por los delitos que cometen durante el tiempo de su encargo. Debe distinguirse entre delitos comunes y delitos oficiales. Para exigirles responsabilidad a los funcionarios mencionados, por los delitos comunes, es menester un procedimiento previo, a saber: la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta del número total de sus miembros, priva del fuero al funcionario de que se trate, quien quedará por ese mismo hecho, separado de su encargo y sujeto desde luego a la acción de los tribunales ordinarios; si se tratare de delitos oficiales, conocerá la Cámara de Senadores erigida en Gran Jurado, previa acusación de la Cámara de Diputados que asume el papel de Fiscal.\* El Gran Jurado dicta su resolución,

\* Por mayoría absoluta se entiende más de la mitad de votantes, para decidir entre dos proposiciones. La relativa es la que decide entre más de

consistente en la separación del cargo desempeñado por el inculcado y en la inhabilitación para ocupar otros en lo futuro, a menos que las leyes señalen además otras sanciones, en cuyo caso, se seguirán los procedimientos ordinarios.

Por cuanto a los Diputados y Senadores, incluidos también en esta primera categoría de funcionarios, además del fuero señalado, gozan de otro privilegio distinto, en relación con las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, pues son *inviolables* por ellas y jamás, en ningún tiempo, podrán ser reconvenidos (Art. 61 Constitucional). En este caso no es procedente el desafuero, porque las opiniones emitidas por los legisladores en el desempeño de sus cargos, jamás pueden constituir delito, por disposición expresa de la Carta Política; tal conducta se encuentra justificada *ex lege*, para asegurar la libertad de expresión de los legisladores.

Segunda Categoría. La constituyen los Gobernadores de los Estados y los Diputados locales, quienes son responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales. Sobre el particular, Juan José González Bustamante escribe: "Respecto a los Gobernadores de los Estados o Diputados locales que cometan delitos comunes o delitos oficiales en el territorio del Estado en que desempeñen el cargo, corresponde a las respectivas constituciones establecer el procedimiento que debe seguirse, sin apartarse de los lineamientos contenidos en la Constitución General de la República, así como de señalar las formas que deben observarse en el enjuiciamiento. Para los delitos comunes, la

---

dos; triunfa la que alcanza mayor número de votos, aunque ese número no exceda de la mitad del total de votantes.

Como excepción a la regla general sobre mayorías absoluta y relativa, la Constitución señala, entre otros casos, los de los artículos 109 y 111. Según el primero, para el desafuero, tratándose de delitos comunes, requiérese más de la mitad de votos del número total de diputados (no de los presentes, sino de los integrantes de la Cámara). De acuerdo con el 111 se necesita una mayoría *sui generis* para declarar culpable por delitos oficiales a un funcionario, ya que precisa contar con las dos terceras partes de votos, pero el cómputo no se hace en relación con el número de senadores asistentes, sino al total de miembros del Senado.

Para un estudio a fondo de la cuestión, consúltese directamente la obra de Felipe Tena Ramírez, de donde se han tomado estas ideas, intitulada "Derecho Constitucional Mexicano", Cap. XIV, núm. 87 y Cap. XXIX, Ed. Porrúa.

Cámara local resolverá sobre el desafuero, a fin de que el alto funcionario del Estado quede a disposición de las autoridades judiciales que lo reclamen. Para los delitos oficiales, el juicio político en la forma que lo hemos dejado explicado es el procedente. Pero si un diputado local comete un delito del orden común fuera del territorio del Estado en que tenga su representación, no debe existir obstáculo alguno para que sea inmediatamente detenido y puesto a disposición de la autoridad competente, ni siquiera invocando el principio de la reciprocidad, porque el fuero local no se establece sino para que rija en el territorio del Estado en que el inculcado tenga la representación, pero no le sigue a todas partes a donde vaya. Por las infracciones cometidas a la Constitución o a las leyes federales por los Gobernadores de los Estados y por los diputados locales, estimamos que es al Congreso de la Unión a quien incumbe decretar el desafuero o sujetar al funcionario acusado al juicio político, porque si la transgresión a la ley tiene el carácter federal deben ser los órganos legislativos de la Federación, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, a quienes correspondan estas atribuciones. En todo caso, cuando los Gobernadores de los Estados hayan infringido las leyes federales o se les acuse de haber violado el voto público, es de la incumbencia exclusiva del Senado declarar desaparecidos los poderes del Estado y proceder a la designación de nuevo gobernante.”<sup>3</sup>

*Tercera Categoría.* En esta tercera categoría únicamente incluimos al Presidente de la República, quien durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. La propia Constitución establece, en el último párrafo del artículo 109, que los delitos comunes cometidos por el Jefe del Ejecutivo se considerarán en todo caso como oficiales. En consecuencia, así se trate del delito de traición a la patria o de los delitos graves del orden común, se seguirá el procedimiento de acusación ante el Senado, por la Cámara de Diputados, previo desafuero decretado por esta última.

---

<sup>3</sup> *Los Delitos de los Altos Funcionarios y el Fuero Constitucional*, páginas 81 y ss. Edic. Botas, 1946.

El Presidente de la República, por la comisión de infracciones distintas a las señaladas, no goza de fuero, sino que en ningún caso, durante su encargo, será posible su persecución (ni desaforándolo).

Concretamente podemos decir que el Primer Magistrado goza de fuero (siempre como si se tratase de delitos oficiales), por traición a la patria y delitos graves del orden común y no goza de fuero, sino hay imposibilidad legal de perseguirlo, durante su encargo, por infracciones distintas a las enunciadas.

Según Carrancá y Trujillo, "la responsabilidad por delitos leves del orden común y por todos los del orden federal no puede, pues, serle exigida en ningún tiempo. Es inadmisibile que la defectuosa norma constitucional haya colocado al Presidente de la República al margen de la ley penal por los delitos que más trascendencia nacional pueden representar, como son los federales".<sup>4</sup>

Para nosotros la expresión *orden común* no es en este caso opuesta a *orden federal*, sino a *delitos oficiales*, porque en el Título de la Constitución de referencia, se hace constante alusión a la distinción entre delitos comunes y oficiales. Además, la expresión *delitos del orden común*, arranca desde las Leyes Constitucionales de 1836, cuando no existía el sistema federal. González Bustamante textualmente dice: "Y no podía hablarse entonces (1836) de delitos federales por encontrarse abolido el régimen federalista. Los delitos comunes eran aquellos que cometían los funcionarios o empleados públicos, fuera del desempeño de la función o encargo. En cuanto a los delitos oficiales, se clasificaban así tomando en cuenta el carácter oficial del agente del delito en relación con el hecho punible ejecutado, que fuese lesivo para los intereses públicos."<sup>5</sup>

Igualmente pensamos que por delitos distintos de los señalados por la Constitución, respecto al Presidente de la República, es posible la persecución una vez terminado su encargo, por protegerse con el privilegio la función y no la persona.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 166.

<sup>5</sup> *Los Delitos de los Altos Funcionarios y el Fuero Constitucional*, página 67. Ediciones Botas, 1946.

Algunos funcionarios del Distrito Federal gozan también de una especie de fuero. El Artículo 672 del Código Común de Procedimientos Penales establece: "Cuando un magistrado, juez o agente del Ministerio Público fuese acusado por delito del orden común, el juez que conozca del proceso respectivo, pedirá al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que lo ponga a su disposición y éste lo decretará así, siempre que se reúnan los requisitos que para dictar una orden de aprehensión exige el artículo 16 de la Constitución General de la República". Ahora bien, tratándose de delitos oficiales, el Código común de Procedimientos Penales, en su artículo 669 (reformado por Decreto de 20 de diciembre de 1974, publicado en el *Diario Oficial* del 23 del mismo mes y año, en vigor noventa días después) dispone que conocerán como jueces instructores, "por turno, los magistrados de las salas penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; de los delitos en que hayan incurrido los magistrados y jueces del Distrito Federal, el Procurador de Justicia del Distrito Federal y sus agentes del Ministerio Público". Conocerá de los mismos delitos, pero para resolver por medio de veredicto, respecto a la culpabilidad o inculpabilidad del funcionario acusado, el jurado popular, que será presidido por el juez o magistrado instructor, quien dictará el fallo respectivo de conformidad con el veredicto del jurado (artículos 670 y 671 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El Procurador de Justicia del Distrito Federal no se menciona en la Constitución entre los funcionarios que gozan de fuero; de hecho lo tiene por no haber quien ejercite en su contra la acción penal, al menos por delitos del orden común. Respecto a los oficiales, la fracción I del artículo 669 de la ley adjetiva común, como ha quedado asentado, señala que conocerá del caso uno de los Magistrados de las Salas Penales del Tribunal Superior, como juez de instrucción, mas el veredicto debe pronunciarlo el Jurado Popular.

Según la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, cuando los Agentes del Ministerio Público fueren acusados por un delito, no serán detenidos por autoridad alguna, sino hasta en tanto el juez competente pida al Procurador que los ponga a su

disposición, y este funcionario lo resuelva así (Art. 60). El mismo precepto dispone que al funcionario o empleado ejecutor de una detención contraviniendo esas disposiciones, se le impondrá prisión de tres días a seis meses, y destitución de cargo o empleo.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 12, fracción XXVIII, establece como facultad de la Suprema Corte de Justicia, suspender en su cargo a los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, a solicitud de la autoridad judicial que conozca de la averiguación penal seguida en su contra por delitos oficiales o comunes, cuando esté plenamente comprobado el cuerpo del delito y existan datos bastantes para hacer probable la responsabilidad del funcionario acusado. En el último párrafo de la fracción se establece que la suspensión en sus cargos de los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, constituye un requisito previo e indispensable para la aprehensión o enjuiciamiento de aquéllos; y si con desacato de este precepto llegare a ordenarse o a efectuarse alguna detención, se impondrá al responsable prisión de quince días a un año y destitución del cargo o empleo.

5. LA INMUNIDAD DIPLOMÁTICA. Desde muy antiguo, la inmunidad penal de los diplomáticos ha sido celosamente guardada. En la doctrina se fundamenta en la necesidad de que los representantes de países extranjeros puedan ejercer sus funciones con la mayor libertad; de lo contrario, sus actividades se verían frecuentemente interrumpidas o afectadas por acusaciones penales, a veces tendenciosas, que entrañarían graves perjuicios para las relaciones internacionales; ésta es la verdadera razón de la prerrogativa y no exclusivamente la cortesía o la reciprocidad. La inmunidad de los representantes diplomáticos fue reconocida por el Derecho Romano, de donde arranca el principio "Par in parem non habet imperium", para significar que ningún Estado puede juzgar a otro.

México ratificó en 1962<sup>6</sup> el Tratado Multilateral sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas en donde, entre

<sup>6</sup> Por Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 16 de febrero de 1962, quedó ratificada la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de



otros puntos, se insiste en conservar la inmunidad penal de los diplomáticos.

La inmunidad, en estricto rigor, sólo protege a los Embajadores, Ministros Plenipotenciarios o Jefes de Misiones Extranjeras, pero la costumbre internacional ha extendido en la práctica esa prerrogativa, no sólo a los familiares del representante extranjero, sino también a los Secretarios, Agregados o Consejeros y, de hecho, hasta a los empleados cuando no pertenecen al Estado en donde tiene lugar la representación.

Cuando un funcionario de los mencionados comete un delito, si bien es inmune al Derecho Penal nuestro, es dable solicitar al Estado que lo designó, que sea retirado de inmediato y puede llegarse hasta el extremo de aplicarle la expulsión.

El artículo 148 del Código Penal del Distrito Federal en materia común y para toda la República en la federal, tipifica como delito la violación de la inmunidad diplomática.

## TEORIA DEL DELITO

## XIII

### EL DELITO

SUMARIO: 1. Generalidades sobre la definición del delito  
2.—El delito en la escuela clásica.—3. Noción sociológica  
del delito.—4. Concepto jurídico del delito.—5. Noción  
jurídico-formal.—6. Concepciones sobre el estudio jurídico-  
substancial del delito.—7. Noción jurídico-substancial.—  
8. El delito en el Derecho positivo mexicano.—9. Aspectos  
positivos y negativos del delito.

1. GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL DELITO. La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible caracterizar al delito *jurídicamente*, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

2. EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA. Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí sólo aludiremos a la de Francisco Carrara —principal exponente de la Escuela Clásica—, quien lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.

resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.<sup>1</sup> Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. Carrara juzgó preciso anotar en su maravillosa definición, cómo la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para substraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.<sup>2</sup>

3. NOCIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO. Triunfante el positivismo; pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. "Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser esa la materia de su estudio

<sup>1</sup> Programa, vol. I, núm. 21, pág. 60.

<sup>2</sup> Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, núm. 957, pág. 40.

y de su definición, dijo haber observado los *sentimientos*; aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. 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...* De haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como *hecho natural*, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales... Y no podía ser de otra manera ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos, pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aun cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por él mismo se haya formado como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de estas apreciaciones un fenómeno natural. 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, etcétera; por tanto no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, porque 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 y clasificar una categoría de actos, formando una uni-

versalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.”<sup>3</sup>

4. CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO. La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras. “Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve 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 culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies.”<sup>4</sup>

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter substancial; a continuación nos ocuparemos de algunas de ellas.

5. NOCIÓN JURÍDICO-FORMAL. Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito. (Véase el núm. 7 de este capítulo, párrafo relativo a punibilidad y el núm. 2 del capítulo XXVII).

<sup>3</sup> I. VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, págs. 199, 200 y 198. 2ª ed. Porrúa, 1960.

<sup>4</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 201, 2ª ed. Porrúa, 1960.

Para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena.

El artículo 7º de nuestro Código Penal establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." Esta definición formal, como veremos en su oportunidad, no escapa a la crítica; desde ahora apuntamos que no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

6. CONCEPCIONES SOBRE EL ESTUDIO JURÍDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO. Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Asienta Antolisei que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable.<sup>5</sup> En cambio, los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto, la negación de que el delito integra una unidad. Ya Francisco Carrara hablaba del ilícito penal como de una *disonancia armónica*; por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad. En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos; surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, penta-tómicas, exatómicas, heptatómicas, etc.

7. NOCIÓN JURÍDICO-SUBSTANCIAL. Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico-substancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.<sup>6</sup>

Para Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica,

<sup>5</sup> Cfr. *Manuale di Diritto Penale*, 3ª ed., pág. 143, Milano, 1955.

<sup>6</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Madrid, 1955, pág. 156.

culpable y punible.<sup>7</sup> Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."<sup>8</sup> En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Nos adherimos, sin reserva, a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Desde ahora conviene advertir que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo. En el delito se observa una rebeldía del hombre contra el Derecho legislado; tal oposición presenta dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es llamada antijuridicidad, porque el hecho, en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo. El antagonismo subjetivo o culpabilidad, como se verá en páginas posteriores, consiste en la rebeldía anímica del sujeto.

La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. Adviértase que no son lo mismo punibilidad y pena; aquélla es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual, por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; ésta, en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito. Ahora bien, una actividad (u omisión) humana es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa porque se le sancione penalmente. El acto o la omisión se tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y la conservación del

<sup>7</sup> *Derecho Penal*, 8ª ed., pág. 236.

<sup>8</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 256, Edit. A. Bello, Caracas.

y cuello  
cañón  
tumbien



orden social y por ejecutarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad, mas no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles.<sup>9</sup> (Véase Cap. XXVII, núms. 1 y 2.)

Celestino Porte Petit estaba en desacuerdo con nuestra manera de pensar respecto a la naturaleza de la punibilidad. En interesante conferencia sustentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresó que la penalidad es elemento esencial del delito, en función del artículo 7º del Código Penal al definirlo como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal.<sup>10</sup> El erudito profesor mexicano actualmente le niega el rango de elemento esencial del delito. Enriquece los argumentos existentes con otro: cuando la Ley exige una condición objetiva de punibilidad, su ausencia suspende la posibilidad de punición, lo cual sirve para confirmar que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del ilícito penal.

Para Pavón Vasconcelos si se acepta, de acuerdo con la teoría de la ley penal, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito; de otra manera —insiste— la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna.<sup>11</sup>

Desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales; pero ya hemos dicho cómo la definición del delito proporcionada por nuestro Código, no escapa a la crítica y por otra parte el propio Ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas *excusas absolutorias*, en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende, *la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo*.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Puede consultarse nuestro estudio *La Punibilidad y su Ausencia*, Criminalia, núm. 6, pág. 410, junio de 1960.

<sup>10</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, pág. 59, México, 1954.

<sup>11</sup> *Apuntes*, 1959.

<sup>12</sup> La afirmación del profesor Porte Petit sostenida inicialmente, respecto a que la punibilidad no es consecuencia del delito sino elemento esencial del mismo, con base en la definición del artículo 7º del Código Penal del Distrito, no puede siquiera invocarse tratándose de otros có-

*Se subsumen en  
la culpabilidad*

Las condiciones objetivas de punibilidad (cuya naturaleza aún no ha sido satisfactoriamente precisada) tampoco constituyen, en nuestro criterio, elementos esenciales del delito; sólo por excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena. Villalobos dice al respecto: "Esencia es necesidad; es no poder faltar en uno solo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con más frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado."<sup>13</sup>

En consecuencia, para nosotros, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad) y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores; por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Mas en un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay *conducta*; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: *tipicidad*; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la *antijuridicidad*; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: *imputabilidad* y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con *culpabilidad*.

Repetimos: entre los factores integrantes del delito no existe prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica.\*

digos penales que ya han suprimido, por innecesaria, la definición. Con relación a los argumentos de Pavón Vasconcelos, debe advertirse que no es lo mismo el delito y la norma; aún aceptando que ésta no se integra sin la sanción, ello no excluye la posibilidad de que aquél exista faltando la pena: delito y norma son conceptos diversos, de ninguna manera idénticos.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pág. 206.

\* Así lo hemos venido explicando en forma constante; sin embargo, es interesante hacer notar que a veces, cuando un sujeto decide delinquir, lógica y temporalmente se da primero la culpabilidad (a título doloso, por supuesto) precedida, como es natural, de la imputabilidad y hasta después ejecuta el acto típico y antijurídico. Esto confirma la necesidad

\* 8. EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. El artículo 7º del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, establece: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. "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 sólo 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 más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo. Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se define o se relacionen con él de manera que, a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos... Por lo demás, 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 cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales."<sup>14</sup>

9. ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS. A pesar de haber estimado que en las definiciones del delito se incluyen elementos no esenciales, haremos el estudio de ellos juntamente con el de los que sí lo son, para tener una idea completa de la materia. Seguiremos el mismo sistema de Jiménez de Asúa que aparece en "La Ley y el Delito",<sup>15</sup> a su vez tomado de Gui-

---

de hacer una revisión de diversas cuestiones del Derecho Penal, consideradas por los especialistas como definitivas, muchas de las cuales no poseen tal carácter.

<sup>14</sup> I. VILLALOBOS, *op. cit.*, págs. 192 y ss.

<sup>15</sup> Pág. 259, Edit. A. Bello, Caracas, 1945.

llermo Sauer. De acuerdo con el método aristotélico de sic et non, contrapone lo que el delito es a lo que no es:



## ASPECTOS POSITIVOS

## ASPECTOS NEGATIVOS

- |  |                                     |
|--|-------------------------------------|
| a) <i>Actividad. (conducta activa)</i> | <i>Falta de acción.</i>             |
| b) <i>Tipicidad.</i>                   | <i>Ausencia de tipo.</i>            |
| c) <i>Antijuricidad.</i>               | <i>Causas de justificación.</i>     |
| d) <i>Imputabilidad.</i>               | <i>Causas de inimputabilidad.</i>   |
| e) <i>Culpabilidad.</i>                | <i>Causas de inculpabilidad.</i>    |
| f) <i>Condicionalidad objetiva.</i>    | <i>Falta de condición objetiva.</i> |
| g) <i>Punibilidad.</i>                 | <i>Excusas absolutorias.</i>        |

## XIV

### CLASIFICACION DE LOS DELITOS

SUMARIO: 1. En función de su gravedad.—2. Según la conducta del agente.—3. Por el resultado.—4. Por el daño que causan.—5. Por su duración.—6. Por el elemento interno o culpabilidad.—7. Delitos simples y complejos.—8. Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.—9. Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.—10. Por la forma de su persecución.—11. Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos.—12. Clasificación legal.

1. EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD. Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. 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.

En México carecen de importancia estas distinciones, porque los Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes; la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.

2. SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE. Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación

de voluntad, los delitos pueden ser, de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante una actividad positiva; 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. Para el mismo Eusebio Gómez, 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.<sup>1</sup> Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

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

Los delitos de *simple omisión*, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400 fracción III, de nuestro Código Penal, 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*, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar 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.<sup>2</sup> Como ejemplo del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

<sup>1</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. I. pág. 416, Buenos Aires, 1939.

<sup>2</sup> *Op. cit.* pág. 274.

En cub.  
no acción  
efectos  
si produce efectos  
en el mundo exterior

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

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 la producción de un resultado externo. Son delitos de mero peligro abstracto; 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).

4. POR EL DAÑO QUE CAUSAN. Con relación al daño resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

5. POR SU DURACIÓN. Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Instantáneo. La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo —dice Soler—, no se

lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria.”<sup>3</sup> 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, si con ella se consuma el delito, no importando que, a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo.

? Instantáneo con efectos permanentes. Es aquél 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. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste: 1º Unidad de resolución; 2º Pluralidad de acciones (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”,<sup>5</sup> mientras para Soler este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio

<sup>3</sup> *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 274.

<sup>4</sup> En este sentido PAVÓN VASCONCELOS, Apuntes, 1959.

<sup>5</sup> *Enciclopedia Pessina*, vol. V, pág. 404.



de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

Nuestro Código Penal define en su artículo 19 el delito *continuo*, integrando el concepto con los elementos que la doctrina señala al permanente: "Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen."

Permanente. Sebastián Soler lo define en los términos siguientes: "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos."<sup>6</sup> Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación.<sup>7</sup> Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes. 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.

Alimena, con fines exclusivamente didácticos, expresa que el delito instantáneo, es instantáneo en la conciencia e instantáneo en la ejecución; el continuado es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución y, el permanente, es continuado en la conciencia y continuado en la ejecución. El mismo tratadista expresa que el delito instantáneo puede representarse gráficamente por un punto (·); el continuado con una sucesión de puntos (...); y, el permanente, con una raya horizontal (—). Para Soler el elemento acción puede presentar tres aspectos diversos con relación al tiempo: a) Desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y entonces se está en presencia del delito instantáneo, como en el homicidio; b) Desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose en ello el delito permanente,

<sup>6</sup> *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 275.

<sup>7</sup> *Enciclopedia Pessina*, vol. V, pág. 442.

como en el rapto; y, finalmente, *c*) Consistir en una serie discontinua de acciones parciales que mutuamente se integran, formando entre todas una sola agresión de conjunto al Derecho, y eso sucede en el continuado.<sup>8</sup>

Porte Petit enumera como elementos del delito permanente: *a*) una conducta o hecho; y, *b*) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos, a saber: *a'*) un momento inicial identificado con la compresión del bien jurídico protegido por la ley; *b'*) un momento intermedio, que va desde la compresión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; y, *c'*) un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico.<sup>9</sup>

Algunos autores encuentran en el delito permanente dos fases: la primera, de naturaleza activa, consiste en la realización del hecho previsto por la ley; la segunda, de naturaleza omisiva, es el no hacer del agente, con lo que impide la cesación de la compresión del bien jurídico. Contra este criterio se pronuncia Antolisei al negar la existencia de tales fases. Para él de esos dos momentos sólo uno de ellos es trascendente, o sea precisamente aquel que va de acuerdo con la conducta por el tipo descrita.<sup>10</sup>

Para nosotros es de especial interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

Dada la importancia de estas distinciones, se insistirá sobre ellas en el tema relativo al concurso de delitos. De la diferenciación dependerá la solución de problemas tan importantes como determinar el momento en que debe empezar a contarse la prescripción e igualmente para resolver las cuestiones sobre participación, legítima defensa, etc.

**6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.** Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolo-

<sup>8</sup> *Derecho Penal Argentino*, t. II, pág. 340.

<sup>9</sup> *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, pág. 222, México, 1958.

<sup>10</sup> *Manuale di Diritto Penale*, pág. 187, 3ª ed. Milano, 1955.

dos y culposos. Algunos autores agregan los llamados preterintencionales.

De conformidad con el Código Penal del Distrito, los delitos pueden ser intencionales y no intencionales o de imprudencia (Art. 8), aceptándose la división entre delitos dolosos y culposos con distinta terminología.

Del dolo, de la culpa y de la preterintencionalidad se hablará al hacer el estudio de la culpabilidad. Por ahora sólo, a guisa de ejemplo, diremos que 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 a 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.

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." <sup>11</sup> Edmundo Mezger, por su parte, estima que el delito complejo se forma de la fusión de dos o más.

No es lo mismo delito complejo que concurso de delitos. En el delito complejo la misma ley 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 in-

<sup>11</sup> SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 284.

fracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

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

8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES. Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos. Expresa Soler que en el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez, un delito autónomo. Así, sigue diciendo, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.<sup>12</sup>

Para algunos penalistas, tanto extranjeros como nacionales, el delito plurisubsistente se identifica con el llamado "de varios actos", sean éstos idénticos o no; en tales condiciones, un mismo delito se da unas veces mediante diversos actos y otras con uno solo, como ocurre con el homicidio, cuyo elemento objetivo pue-

<sup>12</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 265.

de manifestarse en un movimiento único o por varios y el conjunto acarrea el resultado letal. Nosotros, siguiendo a Soler, sólo consideramos plurisubsistente el delito que comporta en su elemento objetivo una repetición de conductas similares que aisladamente no devienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas. De acuerdo con este punto de vista, el homicidio siempre es unisubsistente, mientras el contemplado por la fracción I del artículo 171 es plurisubsistente: "Al que viole dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito o circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad", porque cuando esa violación ocurre una sola vez, no se integra el tipo y, en consecuencia, no se conforma el delito.

9. DELITOS 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, por ejemplo, es delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un sólo 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; también son unisubjetivos el homicidio, el robo, la violación, etc. El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo (a menos que opere en favor de uno de los sujetos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable); igualmente la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos.

10. POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN. Como una reminiscencia del período de la venganza privada, se conserva en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados privados o de querella necesaria, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querella de la parte ofendida. Manuel Rivera Silva —entre

otros— opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos: el Derecho Penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen intereses de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catálogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del Derecho.<sup>13</sup>

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

Los delitos perseguidos de oficio son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

La mayor parte de los delitos se persiguen de oficio y sólo un reducido número a petición de la parte agraviada. Entre éstos pueden citarse el adulterio, el estupro, el rapto, el abuso de confianza, etc.

11. DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLÍTICOS. Esta clasificación es en función de la materia.

Los delitos comunes constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los 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 (interna del Distrito), equiparándose —cuando ejerce estas funciones— a la Cámara local de las Entidades Federativas. (Véase Cap. IX, Núm. 3.)

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (mejor dicho

<sup>13</sup> El Procedimiento Penal, pág. 97, Porrúa, México, 1944.

en abuso de ellas), incluyéndose a los altos funcionarios de la Federación; se hallan enumerados en los artículos 13 y 18 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios.

Los delitos del orden militar, afectan la disciplina del Ejército. La Constitución General de la República, en el artículo 13, prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado.

Los delitos políticos no han sido definidos de manera satisfactoria. Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes. El artículo 144 reformado del Código Penal vigente, considera delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos.<sup>14</sup> El Anteproyecto de 1949 los define así: "Para todos los efectos legales se considerarán como de carácter político los delitos contra la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos o los derechos políticos reconocidos por la Constitución."

Para el profesor Fernando Martínez Inclán, lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.<sup>15</sup>

12. CLASIFICACIÓN LEGAL. El Código Penal de 1931, en el Libro Segundo, reparte los delitos en veintitrés Títulos, a saber: Delitos contra la seguridad de la Nación; Delitos contra el Derecho internacional; Delitos contra la Humanidad; Delitos contra la seguridad pública; Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia; Delitos contra la autoridad; Delitos contra la salud; Delitos contra la moral pública; Revelación de secretos; Delitos cometidos por funcionarios públi-

<sup>14</sup> Reforma por Decreto del 27 de julio de 1970, publicado en el *Diario Oficial* del 29 del mismo mes y año, en vigor "el día de su publicación", según el artículo transitorio Único. El derogado artículo 145 bis decía: "Para todos los efectos legales, solamente se considerarán como de carácter político los delitos consignados en este título, con excepción de los previstos en los artículos 136 y 140." Se trataba del título II, denominado "Delitos contra la Seguridad Interior de la Nación" y abarcaba tres capítulos, el primero llamado *rebelión*, el segundo, *sedición y otros desórdenes públicos* y, el tercero, *delitos de disolución social*.

<sup>15</sup> Notas de clase. Ciudad Universitaria de México, 1976.

cos; Delitos cometidos en la administración de justicia; Responsabilidad profesional; Falsedad; Delitos contra la economía pública; Delitos sexuales; Delitos contra el estado civil y bigamia; Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones; Delitos contra la paz y seguridad de las personas; Delitos contra la vida y la integridad corporal; Delitos contra el honor; Privación ilegal de la libertad y de otras garantías; Delitos en contra de las personas en su patrimonio; y, Encubrimiento.<sup>16</sup>

El legislador de 1931 pretendió, en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido. Con acierto sostiene Fernández Doblado que el Código Penal vigente, a veces se aparta del criterio científico de clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico tutelado, como tratándose de los "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos", en donde se atiende al sujeto activo de la infracción; por lo que respecta al Título Decimotercero "Falsedad", se toma en cuenta la característica de la acción delictiva. Para el autor citado, el delito de abandono de hogar debería albergarse entre la bigamia y demás infracciones contra el estado civil, en un epígrafe que se denominara "Delitos contra la Familia". Critica igualmente la inclusión del rapto entre los delitos sexuales y censura asimismo esta última denominación, porque además de no hacer referencia al bien jurídico violado, involucra infracciones de diverso género.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Por reforma publicada en el mismo *Diario Oficial* citado (29 julio, 1970), los Títulos Primero y Segundo (Delitos contra la seguridad exterior de la Nación y Delitos contra la seguridad interior de la Nación) se derogan y se establece un nuevo Título Primero "Delitos contra la seguridad de la Nación" y se cambian los números de los Títulos Tercero y Cuarto, que pasan a ser, respectivamente, los Títulos Segundo y Tercero.

<sup>17</sup> *Revista Criminalia*, Año XXII, núm. 11, pág. 810, México, 1965.



## LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

SUMARIO: 1. Cuestión previa sobre la denominación.—2. Concepto de conducta.—3. El sujeto de la conducta.—4. El problema de las personas morales.—5. El sujeto pasivo y el ofendido.—6. Objetos del delito.—7. La acción *stricto sensu* y la omisión.—8. Elementos de la acción *stricto sensu*.—9. Elementos de la omisión.—10. La causalidad en la acción.—11. La causalidad en la omisión.—12. Lugar y tiempo de comisión del delito.—13. Ausencia de conducta.

1. CUESTIÓN PREVIA SOBRE LA DENOMINACIÓN. El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".

Nosotros preferimos el término *conducta*; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. Dice Radbruch que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la misma manera que no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto *conducta* pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Entre nosotros, Porte Petit se muestra partidario de los términos *conducta* y *hecho* para denominar al elemento objetivo del delito: "Pensamos —dice— no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo." Cita en apoyo de su punto de vista las opiniones de Cavallo y Battaglini; para el primero, el hecho "en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho

"en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado".<sup>1</sup>

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

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

<sup>1</sup> Programa de la Parte General del Derecho Penal, pág. 160, México, 1959.

<sup>2</sup> En la Teoría del Derecho se entiende por *hechos jurídicos* los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias. Desde esta referencia, todo delito es un *hecho jurídico*.

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

2. CONCEPTO DE CONDUCTA. La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. (Ya se verá cómo, en los llamados *delitos de olvido*, surge el problema de saber si existe o no la voluntad de la omisión.)

3. EL SUJETO DE LA CONDUCTA. Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente él es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: *fetichismo* (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); *simbolismo* (se entendía que los animales no delinquían pero se les castigaba para impresionar); y, por último, solamente *se sanciona al propietario* del animal dañoso.

Por su falta de definición sexual, fue quemado vivo en 1474, en Basilea, el gallo a quien se atribuía haber puesto un huevo. Recuérdese el proceso instaurado en Europa al papagayo que gritaba "viva el rey", contraviniendo las ideas de la triunfante revolución.

4. EL PROBLEMA DE LAS PERSONAS MORALES. En la actualidad es unánime el pensamiento en el sentido de que sólo las personas físicas pueden delinquir, mas está en pie el problema de si las personas morales o jurídicas son o no responsables ante el Derecho Penal. Mientras unos autores están convencidos de la responsabilidad de las personas morales, otros la niegan de manera categórica. Nosotros estimamos que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito.\*

---

\* En el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, confeccionado con moti-

El artículo once del Código Penal del Distrito, establece que cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, cometa un delito con los medios para tal efecto proporcionados por la misma entidad, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la sociedad o en beneficio de ella, el juez podrá decretar la suspensión de la agrupación o su disolución si fuera necesario para la seguridad pública. Del propio precepto se desprende claramente que quien comete el delito es un *miembro o representante*, es decir, una persona física y no la moral. Por otra parte, si varios o todos los socios convienen en ejecutar el delito o intervienen en él en alguna forma, se estará en presencia de un caso de participación o co-delincuencia de personas reales. Villalobos al respecto escribe: "Se ha llegado a pretender, con apariencia lógica, que supuesto que la ley autoriza la imposición de penas a la persona jurídica, es claro que considera a ésta como responsable. La verdad es que, tomando en conjunto los términos de la disposición y si se admitiera que se impone la sanción a la sociedad, lo único que resultaría sería un precepto absurdo y anticonstitucional (Arts. 14, 16, 19 y 20 de la Constitución) pues en resumen se prevendría en él que, cuan-

---

vo del acuerdo tomado en el Segundo Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, se acepta que las personas morales delinquen. En la Exposición de Motivos se dice: "Admitiendo que la 'voluntad colectiva' se asienta 'en la voluntad individual de sus miembros', las sociedades pueden incurrir en ilícitos penales, estableciéndose en ocasiones un nexo de atribuibilidad de la infracción delictuosa a la persona jurídica." El artículo 32 establece: "Cuando una persona jurídica colectiva, con excepción de las instituciones del Estado, facilite los medios para la comisión de un delito, de modo que éste resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez con audiencia del representante legal de la misma, impondrá en la sentencia las sanciones previstas por este Código, sin perjuicio de la responsabilidad individual por el delito cometido." Adviértase que se reconoce la responsabilidad personal de los integrantes de las empresas, según la parte final del precepto. A nuestro juicio hubiera sido preferible seguir el sistema del Proyecto de Código Penal de 1958, en cuya Exposición de Motivos se lee: "La Comisión reconoce que las personas jurídicas *no son sujetos activos del delito*... al mismo tiempo, se ha considerado conveniente establecer la posibilidad de imponerles las sanciones que las leyes autoricen, con independencia de la responsabilidad personal." En esta forma, sin negar que sólo la persona física delinque, por ser ella únicamente sujeto de voluntad psíquica, es dable adoptar las medidas defensivas correspondientes, sin necesidad de admitir la comisión delictuosa por parte de las mencionadas personas jurídicas colectivas, pues carecen de voluntad real.

do delinca una persona (el miembro o representante de una sociedad) se sancione a otra (la corporación)." <sup>3</sup>

Como opinión en contrario puede citarse la del profesor Carlos Franco Sodi, para quien de conformidad con el artículo 13 del Código Penal, las sociedades resultan prestando auxilio o cooperación a sus miembros en la comisión de un delito que, además, a ellas aprovecha y por lo mismo la responsabilidad penal de las personas morales sin duda existe en nuestro Derecho positivo, pues de acuerdo con el mencionado precepto, son responsables de los delitos no sólo los autores materiales e intelectuales, sino quienes prestan auxilio o cooperación de cualquier especie.<sup>4</sup>

Para Francisco González de la Vega, el artículo 11 del Código Penal apenas contiene una apariencia de responsabilidad colectiva, pero no contraría la tesis de que únicamente las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito, pues la redacción del mismo precepto indica en forma clara que es algún miembro o representante de la sociedad quien comete el delito; las sanciones establecidas, más que de penas, tienen el carácter de medidas de seguridad a simple título preventivo de nuevas actividades criminales.<sup>5</sup>

Como hemos dicho, compartimos la opinión de que las personas morales no pueden delinquir; sin embargo, indiscutiblemente constituyen sujetos pasivos del delito como las personas físicas, en especial tratándose de infracciones penales de tipo patrimonial y contra el honor; también el Estado puede ser sujeto pasivo del delito y, de hecho, lo es la sociedad misma.

5. EL SUJETO PASIVO Y EL OFENDIDO. <sup>a víctima</sup> ~~El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.~~

<sup>3</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 263, 2ª ed. Porrúa, 1960.

<sup>4</sup> *Nociones de Derecho Penal*, pág. 65, 2ª ed. Botas, 1950.

<sup>5</sup> *Código Penal Comentado*, pág. 81, México, 1939.

6. OBJETOS DEL DELITO. Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. Según Franco Sodi<sup>6</sup> el objeto jurídico es la norma que se viola, en tanto para Villalobos,<sup>7</sup> es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito; con tal afirmación estamos de acuerdo, ya que en los delitos, por ejemplo, de homicidio, de robo y de rapto, los intereses protegidos son la vida, la propiedad y la libertad, valores constitutivos del objeto jurídico de tales infracciones penales.

7. LA ACCIÓN STRICTO SENSU Y LA OMISIÓN. Hemos expresado que la conducta (llamada también acto o acción, *lato sensu*), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones.

El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.<sup>8</sup> Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.<sup>9</sup>

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.<sup>10</sup> Para Sebastián Soler, el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> *Op. cit.*, pág. 66.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pág. 269.

<sup>8</sup> *Derecho Penal*, t. I, pág. 271, 8ª ed., Barcelona, 1947.

<sup>9</sup> *Parte General del Derecho Penal*, t. I. 559 Habana, 1929.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 273.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, t. I. pág. 336.

Según Eusebio Gómez, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.<sup>12</sup>

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

Dentro de la omisión debe distinguirse la *omisión simple* u omisión propia de la *comisión por omisión* u omisión impropia. Porte Petit estima como elementos de la omisión propia; a) Voluntad, o no voluntad (delitos de olvido); b) Inactividad, y c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico. Afirma que la *omisión simple* "consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico".<sup>13</sup>

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas, una preceptiva y otra prohibitiva. "Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva."<sup>14</sup>

Como se ha explicado en el capítulo anterior, en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena. Por eso quienes emplean los términos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito, afirman que en la omisión propia o simple, tal elemento es sólo la *conducta*, en tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un *hecho* (conducta, resultado y nexo causal). En la omisión simple sólo se viola la norma que ordena, porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por

<sup>12</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. I. pág. 416, 1939.

<sup>13</sup> PORTE PETIT, *Programa*, pág. 162.

<sup>14</sup> PORTE PETIT, *Programa*, pág. 175.

omisión infríngense dos normas: la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado). La omisión propia sólo comporta resultado jurídico; la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad; en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge el resultado material.

En los llamados delitos de olvido, para algunos autores la omisión no es voluntaria; según otros hay voluntad no consciente. El maestro Mariano Jiménez Huerta dice: "En los delitos de olvido hay voluntad, pues basta la voluntad de la conducta diversa."<sup>15</sup> Explica que en algunos casos no es querida la inactividad corpórea, por faltar en el instante dado la voluntad; sin embargo es voluntaria la conducta antecedente productora del estado de inactividad.

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

8. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN. Celestino Porte Petit escribe: "Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. . . La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado. Por ejemplo, Soler afirma que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. Welzel subraya que la acción humana es, por lo tanto, un acontecimiento 'finalista' y no solamente 'causa'; que la finalidad es 'vidente'; la causalidad es 'ciega'. En efecto, la conducta, en Derecho Penal, no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto, abarca: querer la conducta y el resultado; de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta limitada a querer únicamente el comportamiento corporal. . ."<sup>16</sup>

<sup>15</sup> *Panorama del Delito*, pág. 54, Imprenta Universitaria.

<sup>16</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídica Penal*, pág. 34.



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

Existen varios criterios con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben o no ser considerados dentro de la acción. La razón de esa diversidad radica exclusivamente, a nuestro juicio, en el uso de una terminología variada; si al elemento objetivo se le denomina acción, evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir respecto a otros, tales como acto, conducta y hecho. Por eso Porte Petit habla de *conducta* o *hecho*; para él la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad, cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior.<sup>17</sup>

9. ELEMENTOS DE LA OMISIÓN. Como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; conclúyese, en consecuencia, que los elementos de la omisión son: a) Voluntad (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos se aprecia, a nuestro juicio, el factor volitivo); y, b) *Inactividad*. La voluntad encamínase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado. Con razón para Franz Von Liszt,<sup>18</sup> en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado. Precisa la existencia del deber jurídico de obrar, porque como expresa el autor alemán citado, la omisión del grito de alarma de un guardia agarrado por unos bandidos, o acometido de un desmayo, no es una omisión en el sentido del Derecho Penal; no hay voluntariedad en la conducta inactiva.

<sup>17</sup> Véase el número 1 de este capítulo, último párrafo.

<sup>18</sup> *Tratado de Derecho Penal*, pág. 79, 3ª ed. español, Reus, Madrid.

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, mas en ésta emergen otros dos factores, a saber: Un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la ley.<sup>19</sup> Siempre hay un resultado jurídico; en la comisión por omisión hay, además, uno material.

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

10. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA ACCIÓN. Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Por supuesto, sólo tiene sentido estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo, a cuyo elemento objetivo el profesor Porte Petit, como hemos dicho, le denomina "hecho".

Serio problema es el de determinar cuáles actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado. Al respecto se han elaborado numerosas teorías advirtiéndose dos corrientes: generalizadora una e individualizadora la otra. Según la primera, todas las condiciones productoras del resultado considéranse causa del mismo. De acuerdo con la doctrina individualizadora, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

*Teoría de la equivalencia de las condiciones.* Según esta tesis generalizadora, debida a Von Buri, también conocida como de la *conditio sine qua non*, todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa. Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado; éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda

<sup>19</sup> CUELLO CALÓN, *op. cit.*, t. I, pág. 274.

la consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

La concepción de la teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*, es intachable desde el punto de vista lógico; pero ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación. Para Carlos Binding, si la teoría tuviera esa importancia en el orden penal, debía castigarse como coautores en el delito de adulterio, no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama.<sup>20</sup>

Para evitar tales excesos se ha pretendido limitarla mediante la aplicación de *correctivos*. Así, algunos autores, como Antolisei, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa. Para otros, en el caso de una acción dolosa no se requiere retroceder en busca de otras acciones, por existir en la ley una prohibición del retroceso en la investigación de los antecedentes.

Singular es, a nuestro juicio, la posición adoptada por Celestino Porte Petit al afirmar: "La relación de causalidad, es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. Por tanto, el estudio debe realizarse en el *elemento objetivo del delito*, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, debe comprobarse para dar por existente 'el hecho', elemento del delito, una conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento 'hecho' se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el *nexo psicológico* entre el sujeto y la conducta y el *nexo naturalístico* entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto). Pero para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico, es decir, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es fun-

---

<sup>20</sup> Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, pág. 279, Edic. "A. Bello", Caracas, 1945.

ción de la culpabilidad y constituye un elemento del delito. Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y, por lo tanto, la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello, no podemos admitir que la culpabilidad constituya un *correctivo* en la teoría de la equivalencia de las condiciones; no puede ser *correctivo* lo que es elemento, o sea aquello indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito.”<sup>21</sup>

En concreto, la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos; basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal.

La corriente individualizadora se presenta con diversos aspectos; emergen, por tanto, diferentes directrices:

*Teoría de la última condición, de la causa próxima, o de la causa inmediata.* Con un criterio temporal, Ortmann sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Es inadmisible esta tendencia, habida cuenta de que niega valor a las demás concausas y los especialistas están acordes en que el Derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento.

*Teoría de la condición más eficaz.* Creada por Birkmeyer, para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.

*Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada.* Unicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente adecuada cuando dicho

---

<sup>21</sup> Programa, pág. 190.

resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta. Von Bar empieza por distinguir entre condición y causa, ésta es sólo la que produce, por ser idónea, regularmente el resultado.

De las teorías examinadas y de otras más que se han elaborado, tales como la de la prevalencia o del equilibrio de Binding, de la causa eficiente o de la causalidad de Stoppato, de la causa típica de Ranieri y de la causalidad jurídica de Maggiore, la de la equivalencia de las condiciones es para nosotros la acertada, por su carácter general, al reconocer a las concausas la naturaleza de condiciones y resolver satisfactoriamente el problema de la participación, pero teniendo en cuenta, claro está, lo dicho en los párrafos precedentes.<sup>22</sup>

11. LA CAUSALIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN. Huelga hacer notar que como en los delitos de simple omisión no emerge resultado material alguno, en ellos no es dable ocuparse de la relación causal (sólo comportan resultado jurídico). Únicamente en los de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico.

El problema de la causalidad se agudiza en los delitos de comisión por omisión. Se dice que si la omisión consiste en un no hacer, a quien nada hace no se le puede exigir responsabilidad alguna; de la nada, nada puede resultar. ¿Cómo puede surgir un algo de la nada...?

Para Sebastián Soler la mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiera evitado el resultado era jurídicamente exigible. Según el penalista argentino, ese deber de obrar subsiste en tres casos diferentes: cuando emana de un precepto jurídico específico; si existe una obligación especialmente contraída a ese fin y, por último, cuando un acto precedente impone esa obligación.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> A pesar de que una condición sea causa del resultado en el orden lógico o natural, la conducta de quien la aportó puede no ser delictuosa, si está ausente algún elemento esencial del delito. No obstante, repetimos, que el sujeto sea causa del resultado en el mundo de la física y de la lógica, su carácter de autor de un delito dependerá de la conjunción de todos los elementos integrantes del ilícito penal.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 341.

Ignacio Villalobos estima que el no hacer es precisamente la causa del resultado en el sentido valorativo del Derecho. Si de acuerdo con la organización social el hijo puede esperar las atenciones y los cuidados de sus padres, el abandono de un menor (omisión o falta de esos cuidados debidos), es la causa de los peligros y daños consiguientes, pues la voluntad del agente manifestada por un acto negativo, no prestando los auxilios y las atenciones debidas, es lo que altera el orden jurídico preestablecido y, al suprimir las soluciones arregladas para un estado de indefensión propia, hacen renacer todos los peligros inherentes a tal situación. Si se suprime en la mente esa omisión de cuidados y se suponen prestados éstos conforme a las normas de la organización social, el resultado desaparecerá también.<sup>24</sup>

Para Edmundo Mezger la clave del problema es la acción esperada. ¿Hubiera sido impedido el resultado que el Derecho desaprueba, por la acción esperada? Cuando esta pregunta se responde afirmativamente, la omisión es causal en orden al resultado.<sup>25</sup> En otras palabras, para Mezger la omisión es causa del resultado si *in mente* imaginamos ejecutado el acto omitido; si subsiste el resultado, la abstención no será su causa; sólo adquirirá tal carácter si en nuestra imaginación, supuesta la realización del acto, desaparece el resultado.

12. LUGAR Y TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO. En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o no hacer humanos y ese resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes. En ocasiones, sin embargo, la conducta y el resultado no coinciden respecto a lugar y tiempo y es entonces cuando se está en presencia de los llamados *delitos a distancia*, que dan lugar no sólo a problemas sobre aplicación de la ley penal en función de dos o más países soberanos, sino también, dentro del Derecho interno, a cuestiones sobre determinación de la legislación aplicable, atento el sistema federal mexicano; así, por ejemplo, la carta calumniosa escrita en Michoacán cuyo destinatario, que radica en Chihuahua, la recibe tres o cuatro días después de

<sup>24</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 246, 2ª ed. Porrúa, 1960.

<sup>25</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. I, págs. 288 p ss. ed. Madrid.

confeccionada. ¿Se cometió el delito en Michoacán y, en consecuencia, deberá aplicarse el Código Penal de esta Entidad, o bien, en Chihuahua, en cuyo caso será aplicable su ordenamiento represivo? ¿Se delinquirió cuando fue escrita la carta o al enterarse de su contenido el sujeto pasivo? Si un menor de dieciocho años realiza la conducta, y el resultado surge cuando ya ha cumplido esa edad, ¿se trata de un delincuente o deberá sujetársele a los procedimientos para menores?

Para solucionar estos problemas se han elaborado diversas teorías. Cuello Calón<sup>26</sup> señala tres, a saber: a) *Teoría de la actividad*, según la cual el delito se comete en el lugar y al tiempo de la acción o de la omisión; b) *Teoría del resultado*; de acuerdo con ella el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado; y, c) *Teoría del conjunto o de la ubicuidad*, para la cual el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como en donde y cuando se produce el resultado.

Para Edmundo Mezger<sup>27</sup> "lugar del hecho es todo lugar en el que ha sido realizada alguna parte integrante del hecho, tratándose de la actividad corporal del autor o del resultado posterior". El penalista alemán se adhiere a la teoría del conjunto o de la ubicuidad, en cuanto a lugar se refiere; con relación al tiempo, para cuestiones sobre prescripción, se afilia a la teoría del resultado; a la de la actividad, tratándose de determinar la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto.

Además de los criterios anteriores, se han elaborado algunos otros, como el de la *intención*, según el cual el delito debe tenerse por realizado en el tiempo y lugar en donde subjetivamente el agente lo ubica, y el de la *actividad preponderante*, que ve en el acto de mayor trascendencia, dentro de la actividad, el medio de determinar el lugar y tiempo de ejecución del delito.

La ausencia de un precepto para resolver este problema en nuestra legislación penal, ha dado motivo a adoptar soluciones diversas con relación a los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado. El Anteproyecto de Código

<sup>26</sup> *Op. cit.*, t. I, págs. 279 y ss.

<sup>27</sup> *Derecho Penal*, pág. 115, Editorial Bibliográfica Argentina, traducción de la 6ª ed. alemana, 1958.

Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, acoge, en su artículo 5, la teoría de la ubicuidad; expresa: "Para todos los efectos penales, se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realicen la conducta o el hecho o se produzca el resultado."

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

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada *vis absoluta*, o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Distrito. En el fondo de esta eximente en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico-penal, como persona capaz. Por lo mismo no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta. Así lo ha venido enseñando en nuestra Facultad a partir de 1936 el profesor Villalobos, quien desde entonces ubicó certeramente esta causa eliminatoria del elemento objetivo del delito.

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento.<sup>28</sup> Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.

<sup>28</sup> El Código Penal Concordado y Comentado, t. I. pág. 171, 4ª ed. 1879.



No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Por esto nos adherimos, sin reservas, a las opiniones de quienes aceptan las excluyentes supraleales por falta de conducta; si según el Código, artículo 7º, el delito es el acto u omisión sancionado por las leyes penales, en ausencia de conducta (acto u omisión), nada habrá que sancionar; pero aun imaginando suprimida la fórmula del artículo 7, tampoco se integrará el delito si falta el hacer (o el abstenerse) humano voluntario.

Celestino Porte Petit escribe: "El Código mexicano innecesariamente se refiere a la *vis absoluta* o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula *nullum crimen sine actione*." <sup>29</sup>

La opinión anterior corrobora lo antes expuesto, tanto sobre la fijación de la verdadera naturaleza jurídica de la *vis absoluta*, como en relación a que es irrelevante su inclusión expresa en el Código en el capítulo de las eximentes. Sin embargo, diferimos del parecer del profesor mexicano, únicamente respecto a su afirmación en el sentido de que la *vis absoluta* no es excluyente de responsabilidad; lo es precisamente por eliminar un elemento esencial del delito: la conducta humana.

Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar como factores eliminatorios de la conducta a la *vis maior* (fuerza mayor) y a los *movimientos reflejos*. Entre nosotros estas causas adquieren carácter supraleal, por no estar expresamente destacadas en la ley, pero pueden operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la *vis absoluta* y la *vis maior* difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza,

<sup>29</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, pág. 35.

es decir, es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito).

Para algunos penalistas también son verdaderos aspectos negativos de la conducta: *el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo*, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad. Según la autorizada opinión del maestro Ignacio Villalobos, en el sonambulismo sí existe conducta, mas falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia" no correspondiente a la realidad (inimputabilidad). Sostiene el mismo tratadista, que en el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo ésto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una inimputabilidad. Para el mismo profesor, el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, a una *actio liberae in causa*, cuando el responsable la prevé y la consiente al entregarse al sueño. Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumir actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> *Derecho Penal Mexicano*, págs. 408 y ss. 2ª Ed. Porrúa, 1960.

## XVI

### LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

SUMARIO: 1. Idea general del tipo y de la tipicidad.—2. Definición.—3. Evolución histórica de la tipicidad.—4. Función de la tipicidad.—5. Clasificación de los tipos.—6. Ausencia de tipo y de tipicidad.

1. IDEA GENERAL DEL TIPO Y DE LA TIPICIDAD. Hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios 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.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos "con engaños", "furtivamente", etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en *la descripción legal de un delito*. Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del

mismo. Lo invariable es la descripción del comportamiento anti-jurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa). Con razón el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra "La Tipicidad", define el tipo como *el injusto recogido y descrito en la ley penal*. En concreto: El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro".

2. DEFINICIÓN DE TIPICIDAD. La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.<sup>1</sup>

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.<sup>2</sup>

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TIPICIDAD. La historia de la tipicidad es, consecuentemente, la historia del tipo. El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo o la culpa. Era lo que para los antiguos escritores españoles *figura de delito*. En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; considera el tipo como una mera descripción. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su *Tratado de Derecho Penal* (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino *indiciaria de la antijuridicidad*. En otras palabras: no toda conducta típica es antijurídica, pero sí toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad. El concepto se modifica en Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de

<sup>1</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, pág. 37.

<sup>2</sup> *Apuntes de Derecho Penal*.

una conducta antijurídica, sino la *ratio essendi* de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento. No define al delito como conducta *típica, antijurídica* y culpable, sino como acción *típicamente* antijurídica y culpable. Opinión semejante sustenta en la Argentina, Sebastián Soler.

Según Mezger, "el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal... es fundamento real y de validez ("*ratio essendi*") de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad".<sup>3</sup>

Coincidimos con Mezger en que la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuridicidad, al contrario, es *ratio essendi* del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos. En otro giro: La Ley consigna los tipos y conmina con penas las conductas formuladas, por ser opuestas a los valores que el Estado está obligado a tutelar.

Antaño, siguiendo a Mayer, estimábamos al tipo como la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad; es decir, como indiciario de ella. Sin embargo, al reflexionar sobre los casos en los cuales existe certidumbre de dicha antijuridicidad (por no operar causa de justificación alguna) advertimos que no permanece a manera de mero indicio, sino como absoluta contradicción al orden jurídico. Por ende, hemos llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, al observar cómo toda conducta típica es siempre antijurídica (salvo la presencia de una justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Sólo resta hacer hincapié en que al tiempo de advertir la existencia de una justificante, no significa anulación de la antijuridicidad, pues ésta no existió jamás; la conducta, desde su nacimiento, estuvo acorde con el Derecho. Tal sucede, por ejemplo, en la

---

<sup>3</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. I, pág. 375, traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955.

legítima defensa; al descubrirla debe declararse que el comportamiento del agente estuvo justificado siempre. No se torna lícito lo que nunca fue contrario al orden jurídico.

4. FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD. Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal (*nullum crimen sine lege*, equivalente a *nullum crimen sine tipo*). Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.<sup>4</sup>

5. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS. 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. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo *normal*. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será *anormal*. El homicidio es normal, mientras el estupro es anormal.

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero 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 (casta y honesta en el estupro). 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).

---

<sup>4</sup> *La Ley y el Delito*, págs. 315 y 332, ed. "A. Bello", Caracas.

b) *Fundamentales o básicos*. Anota el profesor Mariano Jiménez Huerta<sup>5</sup> que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común, capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos: "Delitos contra el honor"; "Delitos contra el patrimonio"; etc., etc., constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos. Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código. Para el aludido juspenalista, dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio descrito en el artículo 302 de nuestro ordenamiento positivo. Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.<sup>6</sup>

c) *Especiales*. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa,<sup>7</sup> 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.). Según Jiménez Huerta,<sup>8</sup> se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

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

<sup>5</sup> *La Tipicidad*, pág. 96, Porrúa, México, 1955.

<sup>6</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 325, ed. "A. Bello", Caracas, 1945.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pág. 326.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, pág. 97.

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).

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 (artículo 273). En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis, como en el delito de vagancia y malvivencia (artículo 255) 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*. A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo. Algunos autores llaman a estos tipos "de formulación libre" por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la Ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida, en el homicidio. Nos parece impropio hablar de formulación *libre* por prestarse a confusiones con las disposiciones dictadas en países totalitarios, en los cuales se deja al juzgador gran libertad para encuadrar como delictivos, hechos no previstos propiamente.

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).



Hay infinidad de clasificaciones en torno al tipo, desde diferentes puntos de vista. Sólo nos hemos referido a las más comunes.<sup>9</sup>

Por su composición.	Normales	{ Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio).
	Anormales	{ Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (estupro).
Por su ordenación metodológica.	Fundamentales o básicos	{ Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio).
	Especiales	{ Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen (parricidio).
	Complementados	{ Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).
En función de su autonomía o independencia.	Autónomos o independientes	{ Tienen vida por sí (robo simple).
	Subordinados	{ Dependen de otro tipo (homicidio en riña).
Por su formulación.	Casuísticos	{ Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos); v. gr. adulterio; otras con la conjunción de todas (acumulativos); ej. vagancia y malvivencia.
	Amplios	{ Describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

<sup>9</sup> Para un conocimiento más profundo sobre la clasificación de los tipos consultar: *La Ley y el Delito*, de JIMÉNEZ DE ASÚA y *Tratado de Derecho Penal*, t. III, del mismo autor; *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, de CELESTINO PORTE PETIT; *La Tipicidad*, de MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, etc.

Por el daño que causan	De daño (o de lesión)	{ Protegen contra la disminu- ción o destrucción del bien (homicidio, fraude).
	De peligro	{ Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (omisión de auxilio).

6. AUSENCIA DE TIPO Y DE 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 el Código Penal veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con mujer *mayor* de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante seducción o engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la mujer sea *menor* de dieciocho años.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Es oportuno hacer aquí referencia a cómo no pocos especialistas y muchos defensores, han pretendido demostrar que no se puede integrar, de acuerdo con la legislación del Distrito, el delito de adulterio por *falta de tipo*, por no definir la ley el adulterio; se limita a expresar que se aplicará la pena "a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" (Art. 273). Tal criterio nos parece desacertado por no ser verdad, a nuestro juicio, que falte el tipo respectivo; ciertamente el nombre de la infracción no resulta adecuado, pues no todo adulterio es delictuoso; hubiera sido preferible emplear otra denominación para no identificar el todo con una de sus partes; pero el tipo se integra con un adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo. Carece de solidez la argumentación relativa a que la Ley no proporciona la definición de adulterio (uno de los elementos del tipo respectivo); tampoco define lo

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

*a)* Ausencia de la calidad exigida 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 antijuricidad especial.

En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; tal ocurre, por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (artículo 220 del C. P. de 1931).

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

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica; por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho "en despoblado"; "con violencia", etc. (como en el tipo del delito de asalto, a que se refiere el artículo 286).

Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito; v. gr. "por medio de la violencia física o moral...", como en el caso de la violación (artículo 265).

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos del injusto; éstos constituyen referencias típicas a la voluntad

---

que debe entenderse por cópula, en el estupro, ni vida, en el homicidio; en estas últimas infracciones, como en otras, la Ley usa un nombre diverso al de uno de los elementos constitutivos del tipo y en el adulterio no, según se ha expresado.

del agente o al fin que persigue. Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", etc. Su ausencia hará operar una atipicidad (como ocurre, v. gr. en los tipos relativos a los artículos 199 *bis*, 277, 323, etc.).

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

## XVII

### LA ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: 1. Ideas generales.—2. Definición.—3. La antijuridicidad según Carlos Binding.—4. Tesis de Max Ernesto Mayer.—5. Crítica a las doctrinas anteriores.—6. Antijuridicidad formal y material.—7. Ausencia de antijuridicidad.

1. IDEAS GENERALES. El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuridicidad (o antijuricidad), esencialísimo para la integración del delito.

2. DEFINICIÓN. Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Javier Alba Muñoz escribe: "El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo de la antijuricidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente."<sup>1</sup> Para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho

---

<sup>1</sup> Prólogo a la Tesis profesional de R. HIGUERA GIL, pág. 11.

realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.<sup>2</sup>

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: "Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una *disonancia armónica*, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora."<sup>3</sup>

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente *objetiva*, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación."<sup>4</sup>

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".

3. LA ANTIJURIDICIDAD SEGÚN CARLOS BINDING. "Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero 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. En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a

<sup>2</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 284.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 344.

<sup>4</sup> PORTE PETIT, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, pág. 285, México, 1958.

otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acaece con el que roba. 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. El Decálogo es un libro de normas: *no matarás*. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no 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.”<sup>5</sup>

4. TESIS DE MAX ERNESTO MAYER. Partiendo del antecedente romano, pero indudablemente influido por las ideas de Binding, Max Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mayer pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etcétera.

5. CRÍTICA A LAS DOCTRINAS ANTERIORES. Si observamos que lo antijurídico aparece aun cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer. Tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente). Otro ejemplo consistiría en una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura. Por otra parte y refiriéndonos concretamente a la concepción de Mayer, si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos *formalmente* antijurídicos que, como vimos, no infringen los valores colectivos. En realidad, lo que ocurre es que Binding y

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, pág. 338, ed. “A. Bello”, Caracas, 1945.

Mayer presintieron el doble contenido de la antijuricidad: formal y material. Esto no significa que admitamos dos antijuridicidades, una de forma y otra de fondo. Lo antijurídico entraña un juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, pues como enseña el profesor Jiménez Huerta, "sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta", pero expresa el mismo jurista, que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, "lo que contradice dicho orden ha de representar una substancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico".<sup>6</sup>

Ignacio Villalobos escribe: "El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas y a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella."<sup>7</sup>

6. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL. La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será *formalmente* antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y *materialmente* antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuricidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).<sup>8</sup> Para Villalobos la infracción de

<sup>6</sup> *La Antijuricidad*, pág. 31, México, 1952.

<sup>7</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 196, 2ª ed., Porrúa, 1960.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 285, 8ª edic., 1947.



las leyes significa una antijuridicidad *formal* y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad *material*. Si toda sociedad se organiza *formalmente* es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.<sup>9</sup>

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

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

---

<sup>9</sup> Para una distinción más amplia entre la antijuridicidad formal y la material, puede verse *Derecho Penal Mexicano*, I. VILLALOBOS, pág. 249 y ss., 2ª ed., Porrúa, 1960.

## XVIII

### LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

(Iniciación)

SUMARIO: 1. Noción de las causas de justificación.—  
2. Diferencia con otras eximentes e importancia de la distinción.—3. Las excluyentes supralegales.—4. Razón de ser de las causas de justificación.

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

2. DIFERENCIA CON OTRAS EXIMENTES E IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN. A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denominación *causas excluyentes de responsabilidad*, *causas de inincriminación*, etc. Nuestro Código usa la expresión *circunstancias excluyentes de responsabilidad*, comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación *causas que excluyen la incriminación*. Induda-

blemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se substituye la palabra *circunstancias* por *causas*, pues como muy bien dice Jiménez de Asúa, "circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia".<sup>1</sup>

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

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras —añade Núñez—, son *erga omnes* respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.<sup>2</sup>

A su vez, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable, anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, expresa Goldschmidt, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

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

---

<sup>1</sup> Citado por CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 16, 44ª ed. México, 1956.

<sup>2</sup> Citados por FERNÁNDEZ DOBLADO, *Culpabilidad y Error*, págs. 47 y siguientes.

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

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil (Art. 1911); "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

3. EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES. A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama "supralegales"; no es acertada esta denominación, porque sólo pueden operar si se desprenden *dogmáticamente*, es decir, del ordenamiento positivo; mas la doctrina designa así a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica. Aludir a *supralegalidad* produce la impresión de algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esas eximentes derivan de la propia ley. Hecha la aclaración, seguiremos empleando esa terminología por estar ya demasiado difundida.

La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo; antes bien, es puramente enunciativa (véase Cap. XV, núm. 13). Todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos

del delito evitarán su configuración. Sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supraleales. "Toda anti-juricidad se descompone en un contenido *material* o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad *formal* y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal. Esta antijuricidad formal... no puede ser destruida sino por otra declaración legal, de suerte que, aun cuando imagináramos la desaparición del contenido material de antijuricidad en un acto, éste continuaría siendo antijurídico *formalmente* mientras la ley no admitiera y declarase *formalmente* también, aquella desaparición de la antijuricidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo... La eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad; pero el factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la ley y a veces aún es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando teniendo tal contenido desaparezca éste por causas especiales, mientras la misma ley no modifique su declaración primitiva o señale la causa que puede anular sus efectos. Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal..."<sup>3</sup>

<sup>3</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 325.

4. RAZÓN DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuricidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de antijuricidad se funda: a) en la ausencia de interés; y, b) en función del interés preponderante.

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

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuricidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos<sup>4</sup> cita dos

---

<sup>4</sup> Nótese, para el primer ejemplo, que la salud o la vida no son bienes disponibles; por ello pudiera pensarse, a primera vista, que en tales casos el consentimiento carece de eficacia para fundamentar una justificante; mas es cierto, como enseña el profesor Ignacio Villalobos, que hay ocasiones en donde la exclusión de antijuricidad no tiene una causa única; además del consentimiento, su razón debe ser buscada en otra justificante (estado

ejemplos al respecto: El del enfermo llevado al hospital cuando se halla privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o allegados le substituyan en tales funciones y a pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo; y, el caso que puede presentarse en la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuricidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa.

b) *Interés preponderante.* Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

---

de necesidad, ejercicio de un derecho) con base en el otro principio, en el del interés preponderante que en ciertos casos por sí mismo resulta insuficiente para excluir la antijuricidad. Sería demasiado primitivo y totalmente antijurídico, dice el citado maestro, si, contra la voluntad del paciente, el médico que aconsejara la intervención quirúrgica, lo amordazara y condujera a la mesa de operaciones para abrirle el vientre y extraer el apéndice (que acaso ya se había amputado antes), o para suprimir otra víscera en que se había creído escuchar un "soplo" o se había palpado un "cirro", no obstante la decisión del enfermo de aplazar la operación para consultar otras opiniones. "Todavía con mayor evidencia resultaría ilegítimo, aún autorizada (bárbaramente) una lucha super-libre, si las actividades del campeón, ávido de lucir sus *recursos* y escuchar los aullidos que tan adecuadamente substituyen el aplauso en estos casos, no se limitan al contrincante... sino que en su ausencia o indistintamente toma a quien se halla a su alcance o a quien por cualquier motivo juzga que estorba su labor, le alza en vilo y le arroja contra el suelo o a romperse las costillas entre las butacas." *Derecho Penal Mexicano*, págs. 339, 340, 341 y 342, 2ª ed. Porrúa, 1960.

Causas de  
justificación

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), cuando se equipara al cumplimiento de un deber.
- f) Impedimento legítimo.



## XIX

### LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

(Continuación)

#### A) *Legítima Defensa*

SUMARIO: 1. Noción de la defensa legítima.—2. Fundamentos de la defensa legítima.—3. La legítima defensa en el Derecho positivo mexicano.—4. La defensa del honor.—5. Presunciones de legítima defensa.—6. Exceso en la legítima defensa.—7. Cuadro esquemático.—8. Problemática de la defensa legítima: *a)* Riña y legítima defensa. *b)* Legítima defensa contra exceso. *c)* Legítima defensa recíproca. *d)* Legítima defensa del inimputable. *e)* Legítima defensa contra inimputables.

1. NOCIÓN DE LA DEFENSA LEGÍTIMA. La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.<sup>1</sup> Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante.<sup>2</sup> Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Derecho Penal*, I, pág. 341, 8ª ed. 1947.

<sup>2</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 332, 2ª ed. Madrid, 1927.

<sup>3</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 363, Caracas, 1945.

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

2. FUNDAMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. Desde muy antiguo ha sido reconocida la legítima defensa e inclusive el Derecho Canónico se ocupó de ella al establecer: "Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt" (Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza). Pero aún se discute en la actualidad el verdadero fundamento de esta causa de justificación.

Para la Escuela Clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que él se defiende; así, la defensa privada es substitutiva de la pública. Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

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

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

Carranca y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente.<sup>4</sup>

En el número 4 del Capítulo anterior, se ha anotado como fundamento de la defensa legítima, al igual que en otras justi-

<sup>4</sup> *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 73, ed. 1956.

ficantes, la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de paralizar su ataque. La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo transgresor de la ley y amenaza pública. Se da preeminencia al bien social sobre el bien de un particular que el propio interesado expone al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar una vida o un bien concreto cuando una u otro han sido comprometidos por su propio titular; amparar la integridad o la vida de un ciudadano, deja de ser de interés social cuando se vuelve contra la sociedad y la disciplina, que son los verdaderos objetivos de toda protección penal.<sup>5</sup>

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

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

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. El artículo 15, fracción III, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal (y muchos Ordenamientos de los Estados), expresa: "Obrar el acusado en defensa de su

<sup>5</sup> Cfr. I. VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, pág. 381, 2ª ed. Porrúa, 1960.

persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente."

Por agresión debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según nuestra ley, la agresión ha de ser actual, es decir, de presente; de lo contrario no se integra la justificante; si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por la Constitución al establecer: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho."<sup>6</sup> La reacción contra situaciones pretéritas no sería evitación y ésta es de la esencia de la defensa legítima. Tampoco se integraría la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras.

La agresión, además de actual debe ser violenta, o sea que implique fuerza, ímpetu. La idea de agresión, dice Carrancá y Trujillo,<sup>7</sup> encierra la de violencia, pero nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más aún el ímpetu lesivo.

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

Según nuestro texto legal, de la agresión debe resultar un peligro inminente. En realidad el daño es el inminente, pues el peligro para los bienes jurídicos se actualiza con la agresión misma. Ya en otra parte se ha dicho que el peligro es la posibilidad de daño. Por inminente se entiende lo próximo, muy cercano, inmediato.

La agresión ha de amenazar bienes protegidos jurídicamente: *la persona, el honor o los bienes* del que se defiende o de un tercero a quien se defiende.

Según la parte final del párrafo III del artículo 15 del Código Penal del Distrito, no es legítima la defensa en los si-

<sup>6</sup> Artículo 17 de la Constitución Mexicana.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, t. II, pág. 83.

guientes casos: Si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella; si previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; si no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; o, por último, si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

4. LA DEFENSA DEL HONOR. De acuerdo con la legislación del Distrito Federal en vigor (Código Penal de 1931), el cónyuge que mate o lesione a su cónyuge o a quien con él realice adulterio, o a ambos, no se halla amparado por la causa de justificación de defensa legítima; sólo se beneficia con una pena atenuada (sin quedar por supuesto excluido de responsabilidad penal), si se llenan los requisitos señalados por el artículo 310: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso, se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión." Para Carrancá y Trujillo,<sup>8</sup> la única interpretación correcta de nuestro texto legal es en el sentido de que el homicidio o las lesiones a los adúlteros deben disociarse por completo de la legítima del honor, pues si el legislador fija penalidad a la infracción consistente en matar o lesionar aún en presencia del acto carnal mismo del cónyuge adúltero, tal acto no significa agresión al honor; explica que la libertad de conducta de la esposa, aun cuando en pugna con las costumbres de nuestro medio, no puede estimarse como agresión al honor del marido y el uxoricida, en caso de adulterio, representa de todas suertes un sujeto peligroso, por lo cual su conducta no puede considerarse legítima y por lo mismo debe dar lugar a la pena, si bien, atenuada.

Para González de la Vega<sup>9</sup> los actos ajenos, morales o inmorales, no imputables a nosotros mismos, no pueden afectar nuestro honor. Expresa con Jiménez de Asúa, cómo es injusto

<sup>8</sup> *Op. cit.*, t. II, págs. 80 y ss.

<sup>9</sup> *Cfr. Derecho Penal Mexicano*, t. I, págs. 105 y ss. 3ª ed. 1944.

proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer engañados, por la conducta del cónyuge infiel. Aún suponiendo que la infidelidad sexual constituyera una agresión al honor, tampoco se configurará la excluyente en el caso a estudio, porque la acción sangrienta se realiza cuando el acto sexual ya está consumado o cuando se está preparando y para la existencia de la defensa legítima precisa la actualidad, no comprendiendo, por ende, la venganza de agresiones pasadas, ni la prevención de daños no actuales.

Los dos autores citados, hacen consideraciones semejantes respecto al homicidio o las lesiones en la persona del corruptor de la hija.<sup>10</sup>

Villalobos considera que en la cuestión a estudio, no puede configurarse la legítima defensa del honor, mas no por no afectarse éste, sino por insatisfacción del requisito de evitación o de actualidad.<sup>11</sup>

La solución legal de estos problemas es certera. Al establecer la responsabilidad del matador o lesionador de los adúlteros o del corruptor de la hija, se mantiene, *ex lege*, el reproche a los actos violentos, pero permite nuestro Código, por los amplios márgenes de la pena atenuada y por la evidente levedad del límite mínimo, una correcta individualización en donde el sentenciador podrá atender, especialmente, a las condiciones en las

---

<sup>10</sup> El artículo 311 del Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales fue reformado por Decreto de 23 de diciembre de 1968, publicado en *Diario Oficial* de 18 de febrero de 1969, en vigor al día siguiente, como sigue:

"Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro". El texto anterior establecía: "Se impondrán de tres días a tres años de prisión al padre que mate o lesione al corruptor de su hija que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su hija con el varón con quien la sorprenda ni con otro. En este último caso o cuando el padre haya sido condenado como responsable de un homicidio o del delito de lesiones, se le impondrán de cuatro a cinco años de prisión."

<sup>11</sup> Para mayor amplitud, véase *Derecho Penal Mexicano*, I. VILLALOBOS, págs. 388 y ss.

cuales, en cada caso, se lleve al cabo la ofensa y también a la reacción pasional que la sorpresa de la infidelidad del cónyuge culpable, o del acto del corruptor de la hija, provocaron.

5. PRESUNCIONES DE LEGÍTIMA DEFENSA. Nuestra Ley Penal consagra dos casos en donde se presume la existencia de la defensa legítima. El Párrafo 6° de la fracción III del artículo 15, establece la presunción de legítima defensa respecto de aquél que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor. En el párrafo siguiente se mantiene igual presunción para el que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los cuales tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.\*

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

6. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA. Soler llama exceso en la legítima defensa a la intensificación innecesaria de la ac-

---

\* Esta fracción fue reformada según Decreto del 31 de diciembre de 1954, publicada en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1955. El texto anterior requería que el intruso ejerciera violencia sobre las personas o las cosas.

ción inicialmente justificada. Hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión.

Según el artículo 16 del Código Penal del Distrito, a quien se excediere en la legítima defensa, por no haber necesidad racional del medio empleado, o porque el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o por ser notoriamente de poca importancia en relación con el causado por la defensa, se le castigará como delincuente imprudencial. De acuerdo con Garrido y Ceniceros, el hecho de que la ley sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposo, no significa que el exceso participe de su naturaleza o de sus elementos; el legislador hizo la remisión al delito culposo sólo por la levedad de la pena y para aprovechar la amplitud de los márgenes mínimo y máximo del artículo 60.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. *La Ley penal Mexicana*, pág. 72.



7. CUADRO ESQUEMÁTICO.<sup>13</sup>

## LEGITIMA DEFENSA

<i>Una agresión</i>	<i>Actual</i>	{ Contemporánea del acto de defensa; que esté aconteciendo.
	<i>Violenta</i>	{ Impetuosa, atacante. La violencia puede ser física o moral. (Fuerza en personas o cosas y amagos o amenazas.)
	<i>Sin derecho</i>	{ Antijurídica, ilícita, contraria a normas objetivas del Derecho. Si la agresión es justa, la reacción no puede quedar legitimada.
	<i>Peligro inminente</i>	{ Peligro es la posibilidad de daño o mal. Inminente es lo próximo, inmediato. El peligro inminente debe ser consecuencia de la agresión.
<i>La agresión debe recaer en ciertos bienes Jurídicos.</i>	<i>La propia persona</i>	{ Los ataques a la persona pueden ser en su vida, integridad corporal y en su libertad física o sexual.
	<i>El honor</i>	{ La ley confunde el concepto de honor con el de reputación. El homicidio o las lesiones a los adúlteros no constituyen defensa legítima del honor.
	<i>Los bienes</i>	{ Todos los de naturaleza patrimonial, corpórea o incorpórea y los derechos subjetivos susceptibles de agresión.
	<i>Otra persona o sus bienes</i>	{ Defensa de terceros o de sus bienes. Los bienes pueden pertenecer a personas físicas o a personas morales.

<sup>13</sup> En este cuadro esquemático se sigue, en lo fundamental, a González de la Vega, *Código Penal Comentado*.

*Necesidad de  
la reacción  
defensiva.*

No es legítima la defensa cuando el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella.

No es legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por medios legales.

*Presunciones  
de legítima  
defensa*

1ª Cuando el acusado durante la noche rechazare, en el momento de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

2ª Si causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier persona que tenga obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que se tenga la misma obligación, si la presencia del extraño ocurre de noche o en circunstancias que revelen la posibilidad de una agresión.

*Exceso en la  
defensa*

Hay exceso si se prueba que no hubo necesidad racional del medio empleado. Se sanciona como delito culposos.

Hay exceso en la defensa, cuando el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. Se sanciona como delito culposos.

8. PROBLEMÁTICA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA.<sup>14</sup> En la vida real no siempre se produce una conducta lisa y llanamente repulsiva de una injusta agresión; a veces el cuadro se complica y las soluciones constituyen verdaderos problemas. Nos ocuparemos de aquellas situaciones que con relativa frecuencia se presentan.

a) *Riña y legítima defensa.* Según nuestro texto legal, riña es la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas (Art. 314 del Código Penal). En la riña los protagonistas se colocan al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias y, por lo mismo, las dos actitudes son antijurídicas, mientras la defensa legítima requiere para su existencia de una conducta lícita, acorde con el Derecho, frente a una injusta agresión; de ahí que la riña excluya la defensa legítima.<sup>15</sup>

b) *Legítima defensa contra exceso en la legítima defensa.* Guiseppe Maggiore<sup>16</sup> sostiene que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa. Para Manzini<sup>17</sup> cuando el exceso es debido a culpa, el mismo constituye una violencia punible y por ende injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por lo tanto, tiene facultad de obrar en legítima defensa.

Como quien primero agrede injustamente provoca la reacción defensiva, contra su exceso no puede hacerse valer, en términos generales, la defensa legítima; según nuestra ley no se integra la excluyente *si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella* (2ª parte de la fracción III del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal); en el caso el primer agresor es, sin duda, el provocador y quien da causa al exceso; sin embargo, cuando éste sea tal que racionalmente no pueda considerarse como causado inmediata y suficientemente por el primer atacante, será posible admitir la configuración de la justificante de referencia.

<sup>14</sup> La legítima defensa real contra la putativa se estudiará en el Capítulo de la Inculpabilidad.

<sup>15</sup> Así, de manera constante y uniforme, lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>16</sup> *Derecho Penal*, t. I, pág. 418, edit. Temis, 1954.

<sup>17</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. III, pág. 101, Ediar, 1949.

c) *Legítima defensa recíproca.* No es admisible la defensa legítima recíproca; para quedar justificadas las dos actitudes, precisaría que con ellas, respectivamente, se repeliera una injusta agresión y las conductas no devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contrataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a Derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad.

d) *Legítima defensa del inimputable.* Guiseppe Maggiore<sup>18</sup> sostiene que la reacción de un loco, aunque sea defensiva no es legítima defensa; equivale a la acción del perro que muerde las pantorrillas de quien lo golpea. En cambio, A. Quintano Ripollés considera que no debe operar sólo la causa de inimputabilidad, por ser injusto atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su vez a enriquecer a un agresor injusto; debe optarse por la defensa legítima, porque el enajenado, bien incapaz, es un hombre dotado de instintos y reacciones vitales a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección.<sup>19</sup>

Partiendo de la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe ser valorada *objetivamente* y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> *Derecho Penal*, t. I, pág. 407, edit. Temis, Bogotá, 1954.

<sup>19</sup> *Comentarios al Código Penal*, t. I, pág. 107.

<sup>20</sup> Como los menores de dieciocho años han quedado al margen de las Leyes Penales, carece de interés estudiar si su conducta puede o no justificarse en función de la defensa legítima, porque ésta, al eliminar la antijuricidad, imposibilita la integración del delito; sin embargo, atenta la objetividad del elemento *antijuricidad*, creemos que en el fondo, substancialmente, la actitud defensiva del menor es justa, acorde con el Derecho. En todo caso serán los Tribunales de Menores (hora Consejos Tutelares para Menores Infractores) los encargados de resolver de acuerdo con sus facultades. La decisión deberá ser reconociendo la improcedencia de tratamientos o medidas de especie alguna, por haberse ajustado a Derecho la conducta del menor, a menos que se advierta, con independencia del hecho, la necesidad de imponer aquellos tratamientos o medidas, con carácter preventivo.

e) *Legítima defensa contra inimputables.* Aun cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, sí puede, en cambio, ser antijurídica (la antijuricidad es objetiva) y dar lugar a una reacción defensiva legítima.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Hay quienes sostienen que no opera la defensa legítima sino el estado de necesidad. También es posible admitir la defensa legítima contra menores de dieciocho años, que no delinquen por hallarse segregados del campo propio de la Ley Penal, pero pueden obrar injusta, aunque no delictuosamente.

## XX

### LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

(Continuación)

#### B) *Estado de Necesidad*

SUMARIO: 1. Noción del estado de necesidad.—2. Diferencias con la defensa legítima.—3. Elementos del estado de necesidad.—4. Casos específicos del estado de necesidad: *a)* el aborto terapéutico; el aborto terapéutico ante el derecho canónico; *b)* el robo de famélico; el robo de famélico en el código penal.

1. NOCIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD. El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Calón).<sup>1</sup> Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler).<sup>2</sup> Von Liszt en su *Lerhbuch* afirma que el estado de necesidad "es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".<sup>3</sup>

Aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 362.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 418.

<sup>3</sup> *Tratado de Derecho Penal*, pág. 341, t. II, Reus Madrid, 1927.

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

Por ahora nos ocuparemos del estado de necesidad como causa de justificación. Indudablemente ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

Existen, no obstante, muy variadas opiniones sobre la fundamentación del estado de necesidad. Así, por ejemplo, Filangieri, siguiendo un criterio estrictamente subjetivo, estima que el problema se reduce a considerar la acción humana como un proceder motivado por la *violencia moral*, pues el sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir bajo un estado de coacción provocado por la amenaza del mal por sobrevenir, entre ese mal o lesionar un bien jurídico ajeno para salvar el propio o el de personas extrañas. Para la Escuela Positiva, siguiendo el mismo criterio subjetivo, el acto ejecutado en estado de necesidad no revela temibilidad en su autor, si se atiende al móvil, que no se manifiesta como antisocial; por ello debe quedar impune.<sup>4</sup>

Hegel adopta posición distinta y encuentra el fundamento de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida —expresa—, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Citado por SOLER, *Op. cit.*, t. I, pág. 399.

<sup>5</sup> Citado por SOLER, *Op. cit.*, t. I, pág. 395.

Curiosa tesis sostiene Michailoff; al hablar del estado de necesidad (sin distinguir entre las diversas jerarquías de bienes) nos dice que el interés del Estado se inclina a la salvación de una vida y no a la pérdida de dos, cuando por razón del conflicto de bienes, se hace necesario el sacrificio de una de ellas.<sup>6</sup>

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

"Hay casos —dice el profesor Villalobos—, en que la igualdad de los bienes en concurso es sólo aparente; en realidad no se compara el valor de un objeto con otro, sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte. Esto sucede, por ejemplo, cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar el resto, aun cuando la parte destruida sea igual o mayor a la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un buque para evitar el naufragio. El acto es jurídico, pues el dilema consistiría en perderlo todo o salvar alguna parte. Y aquí cabría también considerar el caso de los náufragos antes estudiados (se refiere al ejemplo clásico de los dos náufragos que luchan por la tabla salvadora, llegando uno de ellos a sacrificar al otro); si el supuesto medio único de salvación no soporta la concurrencia de dos personas, la alternativa sería la de salvarse una de ellas o perecer ambas, y entonces la muerte de cualquiera de los dos concurrentes representa el sacrificio de un bien menor."<sup>7</sup>

Consideramos certera esta forma de apreciar el problema, sin desconocer que la mayor parte de los autores sostienen que en esta hipótesis la exclusión de responsabilidad no se basa en una causa de justificación, sino en una de inculpabilidad, por hacer —erróneamente— la comparación entre las dos vidas, considerando que los bienes en conflicto son de igual entidad, no obstante que, dadas las circunstancias, la conservación de cual-

<sup>6</sup> Citado por PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, t. I, pág. 412, Madrid, 1955.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pág. 367.



quiera de esas vidas debe preferirse a la pérdida de ambas, habida cuenta de que, o se autoriza la salvación de un naufrago o perecen los dos. Alternativa diferente, por ejemplo, es la que se presenta comúnmente en el llamado aborto terapéutico a que nos referiremos después, en donde el problema consiste en que si continúa el embarazo, muere la madre; pero si se opta porque ella viva, se sacrifica el producto.

2. DIFERENCIAS CON LA DEFENSA LEGÍTIMA. Para Carranca y Trujillo, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contra-ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor.<sup>8</sup>

Nosotros señalamos, además de tal diferencia, las siguientes: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión); y, b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra-ataque o defensa); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

3. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD. Los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, grave e inminente; b) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); c) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y, d) ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

El peligro es la posibilidad de sufrir un mal; tal peligro debe ser real, dice la ley; si se trata de conjeturas imaginarias, indudablemente no puede configurarse la eximente. El legislador exige que sea, además, grave; esto es, de consideración, importante. Ya hemos dicho que inminente es lo muy próximo o cercano; el peligro debe ser inminente y no remoto. Según nuestra

<sup>8</sup> *Op. cit.*, t. II, 4ª Ed., pág. 93.

ley pueden comprenderse todos los bienes: la propia persona o sus bienes, o la persona y bienes de otro.

Textualmente nuestro Código dice en la fracción IV del artículo 15: "La necesidad de salvar la propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial." El mismo precepto establece que no obra en estado de necesidad quien por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro.

Pavón Vasconcelos, al hablar de los elementos del estado de necesidad, considera como tales: a) Un peligro, real, grave e inminente. Este elemento es común con la legítima defensa, pero mientras en ésta el peligro se origina por un acto injusto del hombre, en el estado de necesidad se trata, por lo general, de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es un requisito fundamental, ya que si hay tiempo de evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto realizado; b) Ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos. En nuestra legislación tales bienes son la propia persona y sus bienes, o la persona o bienes de otro; c) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente; d) Que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y, e) No existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.<sup>9</sup>

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

El artículo 334 dispone: "No se aplicará sanción cuando de no practicarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro

<sup>9</sup> *Nociones de Derecho Penal Mexicano*, t. II, págs. 128 y ss. Zaca-tecas, 1964.

de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

La redacción misma del precepto ha hecho pensar a algunos especialistas, que se trata de una verdadera excusa absolutoria en donde subsiste el delito y la pena no se aplica, pues el legislador usa la frase "no se aplicará sanción"; sin embargo, como el artículo es superfluo, por comprenderse su contenido en la fórmula del genérico estado de necesidad, debemos concluir que constituye una causa de justificación y no una simple excusa.<sup>10</sup>

*El aborto terapéutico ante el Derecho Canónico.* Como opinión contraria a la legal, debe citarse la de la Iglesia Católica. Con fundamentos espirituales sobre la redención del ser en formación, prohíbe el aborto aun por estado necesario, imponiendo a la mujer una maternidad heroica, a pesar de la incompatibilidad de su vida con el desarrollo normal del embarazo. El Derecho seglar, ante el choque entre dos bienes, procura la salvación del más importante para la sociedad, como lo es la vida de la madre de quien, como dice González de la Vega,<sup>11</sup> generalmente necesitan otras personas como sus anteriores hijos o familiares; en cambio, la Iglesia exige a la mujer la maternidad a pesar de los grandes riesgos para su propia existencia.

Para la doctrina católica, el aborto llamado necesario constituye un verdadero asesinato por poseer el feto ya alma humana. El médico debe tratar de salvar las dos vidas; su papel no es la supresión de alguna de ellas. De hecho, con cierta frecuencia, contra autorizadas opiniones, subsisten ambas vidas. Además, Dios es el único que en el caso tiene derecho a elegir entre la vida en formación y la de la madre.<sup>12</sup>

\* b) *El robo de fámélico.* El robo de fámélico o de indigente, encuadra también dentro de la fórmula general del estado de ~~necesidad~~ a que se contrae la fracción IV del artículo 15, por

<sup>10</sup> El Código de 1931 propiamente no define el aborto, sino el feticidio. El artículo 329 dice: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

<sup>11</sup> *Derecho Penal Mexicano*, 5ª Ed., pág. 132, 1958.

<sup>12</sup> Para un análisis más completo de la doctrina de la Iglesia Católica sobre el aborto, puede consultarse *Ética Médica*, de Edwin F. Healy, págs. 218 y ss.

ello resulta redundante su establecimiento en forma específica en el artículo 379.

Existe división de opiniones con respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del robo de famélico; mientras unos opinan que se trata de una excusa absolutoria, para otros constituye una justificante por estado de necesidad. Recuérdese que la distinción no es asunto de poca monta; las justificantes son "erga omnes", objetivas e impersonales y por lo mismo aprovechan a todos, quienes resultan cooperando en una acción conforme a Derecho; en tanto las excusas absolutorias sólo eliminan la pena, subsistiendo la delictuosidad del acto, y además, son personalísimas, únicamente favorecen a los que se encuentran dentro de la hipótesis correspondiente.

Para nosotros es una verdadera causa de justificación por estado de necesidad, pues existe una colisión de intereses tutelados jurídicamente. Por una parte, el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y, por la otra, el derecho del propietario de los bienes atacados. Nuevamente nos encontramos en presencia del principio del *interés preponderante*.

El robo de famélico en el Código Penal. El artículo 379 dice: "No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Francisco González de la Vega comenta: "Adviértase que la justificación se limita a una sola vez, siendo así que el hambre o las necesidades apremiantes, vitales, pueden repetirse. Afortunadamente, todos los casos caben en el artículo 15, fracción IV. La justificación no ampara aquellos casos en que se finge necesidad para justificar vagancia o malvivencia habituales."<sup>13</sup>

La redacción del artículo 379 es defectuosa. En su sentido estricto, caben las actuaciones de personas acomodadas, con tal de que ejecuten el apoderamiento en los momentos precisos de experimentar la necesidad. Al respecto Ignacio Villalobos escribe: "Podrá hoy cualquier acaudalado, por capricho, por deporte o por snobismo, tomar de lo ajeno lo estrictamente indis-

<sup>13</sup> Código Penal Comentado, pág. 306.

pensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, al fin aun los potentados tienen esa clase de necesidades a que se hace referencia. En el precepto, por ninguna parte apunta exigencia o requisito alguno sobre estado de necesidad propiamente dicho, indigencia o cosa semejante, sino que su redacción significa una mera liberalidad inexplicada, pero absolutamente igual para todos y en todas las circunstancias.”<sup>14</sup>

En el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, elaborado en el año de 1958, se suprime, por innecesaria, la fórmula del robo de indigente; lo mismo se advierte en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, pág. 369.

## XXI

### LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

(Continuación)

#### C) *Cumplimiento de un Deber, Ejercicio de un Derecho e Impedimento Legítimo*

SUMARIO: 1. Casos que comprenden las justificantes por derecho o por deber.—2. Homicidio y lesiones en los deportes.—3. Las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir.—4. Lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos.—5. Impedimento legítimo.

1. CASOS QUE COMPRENDEN LAS JUSTIFICANTES POR DERECHO O POR DEBER. Al lado de las causas de justificación analizadas, figuran otras que también privan a la conducta del elemento *antijuricidad*, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito. Se trata del *cumplimiento de un deber* y del *ejercicio de un derecho*. Nuestro Código establece en la fracción V del artículo 15, como excluyente de responsabilidad: "Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley." Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir. Sólo estas últimas se reglamentan en forma especial (artículo 294). También debe incluirse una hipótesis de la obediencia jerárquica, que trataremos al hacer el estudio de la inculpabilidad, juntamente con los casos en los cuales la obediencia origina la eliminación directa del elemento culpabilidad.

2. **HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES.** Francisco González de la Vega escribe: "Existen ciertas clases de deportes como la natación, la equitación, etc., que se realizan singularmente, es decir, sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre varios participantes para la obtención del triunfo; es claro que cuando el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones casuales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado. Otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el foot ball, etc., se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario; en estos deportes los contendientes tratan de obtener el galardón, no de lesionar, pero como el riesgo de lesiones es muy grande porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia, la solución para las lesiones inferidas en estas actividades deportivas, salvo casos de perfidia o imprudencia, debemos encontrarla en la ausencia del elemento moral; en efecto, cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito por no haber obrado intencional o imprudentemente. Por último, algunos otros deportes, como el pugilato, se realizan en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un pugilista le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuricidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales." <sup>1</sup>

Se trata, pues, de una verdadera causa de justificación; los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el

---

<sup>1</sup> *Derecho Penal Mexicano*, págs. 18 y 19, 5ª ed., 1958.

Estado. Sobre el particular podemos agregar que, cuando se llevan al cabo eventos deportivos en los cuales se cobra a los espectadores, el Estado no solamente envía representantes y delegados suyos, sino percibe los impuestos correspondientes. En forma expresa o tácita el poder público otorga el permiso para la realización de los encuentros y, por lo mismo, la conducta (salvo casos de excepción claramente delictuosos) es jurídica, al menos formalmente.

Pero si los hechos típicos del Derecho Penal que resulten en algunos casos, con motivo de los deportes señalados en la última categoría, *formalmente* carecen de antijuricidad en presencia de la autorización estatal, subsiste el problema de hallar la razón de ser de tal exclusión, que parece no obedecer el principio general de la preponderancia de intereses, el cual, al decir de Villalobos, no admite claudicaciones ni condescendencias, sino cede sólo ante el mayor beneficio social; si éste no ha sido la verdadera meta, el acto de quien da el permiso, o el espectáculo mismo, carecen de *justificación material*, substancial o de fondo. Se trata sólo de un error o de un abuso de facultades.<sup>2</sup>

3. LAS LESIONES INFERIDAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR. De manera específica, nuestro Código reglamenta esta eximente en el artículo 294 en relación con el 289; establece que las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida), y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia.

Es una verdadera causa de justificación, pues se actúa en ejercicio de un derecho. Sobre la naturaleza de esta eximente existen diversos criterios; según algunos se trata de una excusa absolutoria. Para nosotros constituye una justificante porque la conducta, en el caso, se ajusta a Derecho. A mayor abundamiento recuérdese que el Código Civil del Distrito Federal

---

<sup>2</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 351, 2ª ed. Porrúa, 1960.



(artículos 422 y 423), impone a quienes ejercen la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos.

4. LESIONES CONSECUTIVAS DE TRATAMIENTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS. Para legitimar las lesiones causadas con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos privados o de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones; además los delitos perseguibles sólo a petición de la parte ofendida, son de dudosa técnica. Otros buscan la solución en la ausencia de dolo; también resulta ineficaz este razonamiento; para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, con independencia de la finalidad última. Se dice que esas lesiones se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas; se trata más bien de un *estado de necesidad*. Para González de la Vega la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.<sup>3</sup>

La justificación *formal* deriva de la autorización oficial (expresa o tácita); la *material* o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva. (Véase núm. 4, Cap. XVIII).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 17, 5ª ed., 1958.

<sup>4</sup> Considera el juspenalista Ignacio Villalobos, que en realidad en los casos de intervenciones quirúrgicas (con fines curativos o estéticos) concurre un complejo en que una es la causa de justificación: la *necesidad* (absoluta o

5. IMPEDIMENTO LEGÍTIMO. La fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente establece como eximente: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo." Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es siempre omisivo. Emerge, otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedírselo la ley en virtud del secreto profesional (en realidad esta hipótesis cabe en la justificante por cumplimiento de un deber). La regulación en el Código del impedimento legítimo carece de razón, según el penalista Jiménez Huerta, por tener cabida en la fórmula del estado de necesidad de la fracción IV del artículo 15. Para él, en la entraña de los conflictos de deberes late y palpita con vida propia un conflicto entre bienes jurídicos; "la simultaneidad de deberes que el sujeto debe cumplir, es sólo la causa normativa que engendra la colisión de los bienes jurídicos. Así, quien viola el deber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por estar auxiliando a otra más gravemente lesionada, sacrifica el bien jurídico de aquélla en aras del que a ésta pertenece." <sup>5</sup>

---

relativa, pero que justifica o hace racional autorizar esas intervenciones del cirujano para salvar un bien mayor del sacrificado, o simplemente para obtener un beneficio, como en la cirugía plástica, a cambio de un riesgo remoto y de relativamente poca trascendencia); y otros son los requisitos que, de ser posible, deben colmarse, como la intervención del cirujano titulado o autorizado y el consentimiento del sujeto pasivo de la intervención. Por eso en casos extremos y a falta de un titulado, se justificaría la actuación de un práctico, o de cualquiera persona a quien fuera dable proporcionar los primeros auxilios o aquellos de tal naturaleza urgentes, que no permitieran esperar la presencia del verdadero perito; y en caso de inconsciencia del herido, lesionado o enfermo, y supuesta la misma urgencia impeditiva de fatales esperas, debe aceptarse la intervención del médico sin consentimiento del interesado, ante la sola necesidad que habrá de justificarle (notas de clase). Véase lo expresado por el mismo profesor y que se inserta en la nota al calce del número 4 del Capítulo XVIII.

<sup>5</sup> *La Antijuricidad*, pág. 346. Imprenta Universitaria, México, 1952.

## XXII

### LA IMPUTABILIDAD

SUMARIO: 1. Contenido de la culpabilidad.—2. La imputabilidad.—3. La responsabilidad.—4. Fundamentos de la responsabilidad.—5. Acciones liberae in causa.

1. **CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.** Entrar al campo subjetivo del delito hace necesario, en primer término, precisar sus linderos, pues según el criterio que se adopte así será el contenido de la culpabilidad.

Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por nosotros, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad; por lo mismo, antes de estudiar este último elemento, urge el análisis de su antecedente lógico-jurídico.

2. **LA IMPUTABILIDAD.** Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea *imputable*; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de *entender* y de *querer*, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte

o cimientó de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la *capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal*.

Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.<sup>4</sup>

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. El problema de los menores autores de actos típicos del Derecho Penal será tratado al hacer el estudio del aspecto negativo de la imputabilidad.

---

<sup>1</sup> PORTE PETIT sostiene que la imputabilidad no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo (*Programa*, pág. 388). Coincide con nosotros en que no se trata de un elemento esencial del delito, pero difiere de nuestro punto de vista, por cuanto para él integra un *presupuesto general del ilícito penal*, en tanto nosotros preferimos entenderla como presupuesto o soporte del elemento culpabilidad, porque al llegar a ésta, es decir, al analizarse el aspecto subjetivo del delito, es cuando se debe determinar si el sujeto que ejecutó el hecho era capaz de realizarlo con *conciencia y voluntad*, correspondiendo entonces indagar si poseía las facultades de juicio y decisión.

<sup>2</sup> MAX ERNESTO MAYER.

<sup>3</sup> FRANZ VON LISZT.

<sup>4</sup> *Derecho Penal Mexicano*, t. I, pág. 222, 4ª ed., 1955.

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

Existe cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad. No pocas veces se utiliza el vocablo como sinónimo de culpabilidad; también suele equipársele a la imputabilidad. En verdad tiene acepciones diversas. En un sentido, se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales. Con esto se da a entender la sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o exclusión de antijuridicidad o de culpabilidad en su conducta. Por otra parte se usa el término *responsabilidad* para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente; así, los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración, teniendo al acusado como penalmente *responsable* del delito que motivó el proceso y señalan la pena respectiva.<sup>5</sup>

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

<sup>5</sup> En este sentido I. VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, pág. 280, 2ª ed. Porrúa, 1960. El mismo penalista escribe: "En resumen, la antijuridicidad 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" (*Op. cit.*, misma pág.).

4. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD. Desde tiempos lejanos se ha tomado en cuenta para la declaratoria de responsabilidad del delincuente, no sólo el resultado objetivo del delito, sino también la causalidad psíquica. Por la indudable influencia del cristianismo en la legislación penal, el libre albedrío se convirtió en el eje central del Derecho represivo. La Escuela Clásica, como ya se ha visto, se fundamentó en tal elemento. La revolución positivista y filosófica de la segunda mitad del siglo pasado, intentó cambiar en forma radical el fundamento de la responsabilidad; en primer lugar, negó el libre arbitrio y afirmó, en segundo, el determinismo de la conducta humana.

Según los libero-arbitristas, para ser el individuo responsable debe poseer, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y gozar de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu; ha de poder elegir libremente, en forma voluntaria (libre albedrío). En tales condiciones, la *responsabilidad penal* es consecutiva de la *responsabilidad moral*.

Para los deterministas, en cambio, como no existe el libre arbitrio, la conducta humana está por completo sometida a fuerzas diversas, resultantes de la herencia psicológica, fisiológica, del medio ambiente, etc. La responsabilidad ya no es moral sino social. *El hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad.*

Si bien no nos es dable elegir en forma absoluta el escenario de nuestra vida, vivir, en sentido humano, consiste en una preferencia o elección constante entre las posibilidades (múltiples o menos numerosas) que nos circundan; nuestra vida es libertad dentro de un marco limitado de posibilidades. Para Ortega y Gasset, vivir es a la vez fatalidad y libertad. Téngase también presente que para el mismo Garófalo (el sabio jurista del positivismo), el determinismo es una hipótesis a la cual es dable prestar adhesión filosófica, pero nunca podrá ser popular, y esto es un bien. La conciencia del pueblo, expresa, siempre conceptúa la virtud y la moral merecedoras de premio y el vicio y la perfidia dignos de castigo; arrancar estos sentimientos del alma popular sería perjudicial; un Código no puede por tanto,

prescindir del criterio de la responsabilidad moral, porque la ley está hecha para el pueblo y no para los filósofos deterministas.<sup>6</sup>

5. *ACTIONES LIRERAE 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 bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí, sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el desarrollo de la cadena de la causalidad —dice Cuello Calón—, el sujeto era imputable.<sup>7</sup>

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

Según nuestra Suprema Corte de Justicia,<sup>8</sup> aun cuando se

<sup>6</sup> Citado por CUELLO CALÓN, *Op. cit.*, pág. 296.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, pág. 300.

<sup>8</sup> "Si en autos no se ha probado que el quejoso hubiera actuado en estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo *accidental e involuntario* de substancias embriagantes y por lo contrario, de la declaración del propio procesado se infiere que, si acaso existió tal estado (que por otra parte tampoco se ha probado), no se debió al empleo accidental e involuntario de substancias embriagantes, ya que acepta que desde temprano, el día de los hechos, anduvo tomando bebidas embriagantes, se elimina la posibilidad de que concurra, en la especie, la causa de inimputabilidad que se invoca. Como tampoco se ha probado que el estado de embriaguez en que dice haberse encontrado el quejoso, fuera completo, nulificando su capacidad de entender y de querer, cabe concluir que se está frente a una acción *libre en su causa*, en que el sujeto, queriendo el estado de inimputabilidad, puesto que se ha colocado voluntariamente en él, ha querido el hecho (conducta y resultado), excluyéndose así tanto la posibilidad de considerar la acción como ejercitada por una persona en estado de in-

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.

---

capacidad transitoria, como de estimar la responsabilidad a título de culpa. En consecuencia, la sentencia que lo condenó por el delito de lesiones, no puede ser violatoria de garantías" (Amparo directo 58/57, J. Félix Vázquez Sánchez).



## XXIII

### LA INIMPUTABILIDAD

SUMARIO: 1. Idea general.—2. Las causas de inimputabilidad.—3. Estados de inconsciencia.—4. Miedo grave.—5. Sordomudez.—6. Los menores ante el Derecho Penal.

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

2. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD. Ante todo debemos advertir que, como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supraleales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal, son, a nuestro juicio, las siguientes: *a)* estados de inconsciencia (permanentes y transitorios); *b)* el miedo grave; y, *c)* la sordomudez.

3. ESTADOS DE INCONSCIENCIA. En primer término nos ocuparemos de los estados de inconsciencia permanentes y después de los transitorios.

*Trastornos mentales permanentes.* Nuestro Código Penal, en el artículo 68, dispone: "Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales."

Indudablemente los casos planteados por el precepto son de ausencia de imputabilidad; sin embargo, el Código Penal sólo se refiere a los trastornos mentales transitorios para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutan hechos típicos del Derecho Penal; dispone, respecto a los enfermos mentales permanentes, lo establecido en el precepto transcrito; por ende debe entenderse que, en relación con los trastornados mentales permanentes, sostiene —erróneamente— la imputabilidad. Carrancá y Trujillo dice sobre el particular: "La Comisión —confiesan lealmente Ceniceros y Garrido— se encontró ante un problema de imposible solución y optó por la menos mala, o sea la que había adoptado el legislador de 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en estos casos."<sup>1</sup> Para el mismo autor el artículo en cuestión plantea insolubles contradicciones desde el punto de vista procesal y constitucional, pues la reclusión en establecimiento adecuado es constitucionalmente una pena y como tal debe resultar de un proceso; pero no hay posibilidad de procesar al enajenado, con quien deben llenarse solemnes formalidades, todas las cuales son una cruel ironía tratándose de un sujeto de psique inasible y fugaz. Otro problema constitucional arranca de la indeterminación temporal de la reclusión, contraria a la garantía ejecutiva consagrada por el artículo 14.

Por su parte Villalobos escribe: "Basta leer la declaración categórica del artículo 8º, sobre que los delitos son intencionales o de imprudencia, y recordar las nociones unánimemente admi-

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. II, pág. 62, 4ª Ed.

tidas respecto del dolo y de la culpa, para comprender que los actos de un alienado, aun cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; todo demente se halla, por lo mismo, exento de responsabilidad penal (aun cuando su excluyente sea supralegal); y sólo cabe aplicarle medidas de seguridad y no penas. Sin esta interpretación, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los enfermos se equiparase a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada, por prohibirlo nuestra Constitución Federal; y tampoco serían practicables los procedimientos libres instituidos para casos de menores (también socialmente responsables), ni los reglamentados para los enfermos mentales por los artículos 495 y 499 del Código Federal de Procedimientos Penales. . . . Aun las personas no avezadas a estos achaques jurídicos se extrañarán justamente al advertir que, según lo anterior, enjuiciando a un demente, a un idiota, a un oligofrénico, a un loco o a un enajenado plenamente, el juez tendrá que despojarse de su serena majestad para sentarse frente a esta clase de reos y simular todas esas diligencias encaminadas a tomarle declaración, carearle con los testigos, exigirle protestas y asumir otras muchas actitudes pintorescas en que parecerá entablar una competencia con la desviación mental del enjuiciado.”<sup>2</sup> Para el mismo autor, el desideratum sería que en tales casos no se trate de exigir responsabilidades ni de declarar derechos, sino de prevenir una peligrosidad patológica, pues no se pretende imponer penas o sanciones a los dementes, sino adoptar medidas administrativas, tutelares y de seguridad; propone también la expedición de una ley para tales enfermos, de manera que se pudieran aplicar, a través de los tribunales, las medidas elementales requeridas por la seguridad pública, con la sola comprobación de ese estado peligroso y sin necesidad de esperar, monstruosamente, a que el enfermo cometa un homicidio o un incendio previsible y se tramite el sainete de un proceso penal, que no lo es, para decretar como sanciones tales medidas.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *Op. cit.*, págs. 404 y ss.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, págs. 406 y ss.

*Trastornos mentales transitorios.* Es causa de inimputabilidad: "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxicoinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio" (Art. 15, fracción II del Código Penal).

Para que opere la eximente por estado de inconsciencia transitorio, precisa, por supuesto, la reunión de todos y cada uno de los elementos consignados por el legislador. De la fracción transcrita pueden desprenderse tres diversas situaciones: 1ª Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes; 2ª Inconsciencia motivada por tox infecciones; y 3ª Inconsciencia por trastornos mentales de carácter patológico.

a) *Substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes:* "Cuando por el empleo de una sustancia tóxica (v. gr.: quina, atropina, yodoformo, ácido salicílico, tropocaina, etc.), se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se ejecutan, no son propiamente del sujeto, sino puede decirse que le son ajenas. La inimputabilidad es obvia. Ahora bien, si la intoxicación ha sido procurada por el sujeto mismo, voluntaria y deliberadamente, para que se produzca un determinado resultado, se estará en el caso de una acción libre en su causa, aunque determinada en sus efectos; y si no fue deliberada, sino imprudente o culposa, se estará en la posibilidad de la imputación culposa." <sup>4</sup>

Respecto a la embriaguez, sólo habrá inimputabilidad, cuando sea plena y accidental, involuntaria; en todos los demás casos subsistirá la responsabilidad. Con razón dice Carrancá y Trujillo que la embriaguez voluntaria no puede constituir la eximente; antes bien, la ebriedad debe ser tomada por el juzgador como índice de mayor temibilidad. Lo mismo puede afirmarse tratándose de adictos a enervantes o tóxicos. No existe una diferencia precisa entre los tóxicos y los enervantes. Algunos consi-

<sup>4</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 48, 4ª Ed., 1956.

deran a los tóxicos como el género y a los enervantes la especie (antes nuestra ley se refería a enervantes; se substituyó ese vocablo por *estupefacientes*).

b) *Toxinfecciones*. Por el padecimiento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales, como en el tifo, la tifoidea, la rabia o la poliomielitis. En estos casos el sujeto enfermo puede llegar a la inconsciencia. El juzgador debe auxiliarse de especialistas para resolver lo conducente y al efecto, necesita tomar en cuenta los dictámenes de médicos y psiquiatras.

c) *Trastorno mental patológico*. Por trastorno mental —dice Carrancá y Trujillo—, debe entenderse toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, ya que nuestra ley pretende solucionar de manera diversa, como se ha visto antes, los actos de enajenados mentales permanentes.

4. MIEDO GRAVE. La fracción IV del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor . . ."

En la fracción transcrita se habla de miedo grave y de fundado temor, que técnicamente no pueden identificarse. El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad; el temor fundado puede originar una inculpabilidad. Por ahora sólo nos ocuparemos del miedo grave y al hacer el estudio de la inculpabilidad, analizaremos el fundado temor.

El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación. Octavio Véjar Vázquez expresa: "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro."<sup>5</sup> Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es cons-

<sup>5</sup> Conferencias, 1940.

ciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador.

5. **SORDOMUDEZ.** El artículo 67 del Ordenamiento de 1931 dispone: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción." A pesar de la redacción del precepto, en donde parece que los sordomudos son "socialmente responsables", consideramos que de los términos del mismo dispositivo dedúcese la inimputabilidad de quienes carecen del oído y de la palabra, porque no se les aplican penas, sino medidas educacionales. Por otra parte, el artículo no escapa a la crítica; no distingue entre sordomudos de nacimiento y los que enfermaron después, cuando ya estaban formados o se hallaban en formación. El dispositivo supone, erróneamente, que sólo es causa de la delincuencia en los sordomudos la falta de educación o instrucción y bien puede haber un sordomudo culto y educado que cometa delitos. Además no se resuelve la situación del sordomudo que siendo ya instruido realice un hecho penalmente tipificado, porque la internación carecería de objeto.

6. **LOS MENORES ANTE EL DERECHO PENAL.** Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal no se configuran los delitos respectivos; sin embargo, desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo, posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna capaz de alterar sus facultades; en este caso, existiendo la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente imputable. Ciertamente la ley penal vigente fija como límite los 18 años, por considerar a los menores de esa edad una materia dúctil, susceptible de corrección. Con base en la efectiva capacidad de entender y de querer, en virtud de ese

mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable el menor de dieciocho años. Hay códigos, como el de Michoacán, en donde la edad límite es de dieciséis. Resultaría absurdo admitir que un mismo sujeto (por ejemplo de diecisiete años), fuera *psicológicamente capaz* al trasladarse a Michoacán, e incapaz al permanecer en la capital del país. Mas situados en el ángulo jurídico, debemos considerar la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad *jurídica* de entender y de querer en el campo del Derecho represivo. Desde este punto de vista, evidentemente los menores de dieciocho años son *inimputables*. "Al menor se le excluye del horizonte penal —afirma el profesor Sergio García Ramírez— porque es inimputable; por tanto, lo adecuado es designarle un inciso entre los que señalan las causas de inimputabilidad, y con ese inciso declararle inimputable, *juris et de jure*, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento. . . Resulta censurable que el Código de 1931 se ocupe en la regulación de las consecuencias jurídicas de la conducta antisocial del menor, en vez de limitarse a legislar sólo sobre su inimputabilidad. Pues lo hemos visto: la ley para los menores no encuentra acertado acomodo en un código penal." <sup>6</sup> Carrancá y Trujillo expresa: "Modernamente ya no se discute la completa eliminación de éstos (se refiere a los menores de 18 años) de la ley penal, dedicándoseles tan sólo medidas correctivas y educadoras, en una palabra, medidas tutelares." <sup>7</sup>

Rafael de Pina, recordando a Dorado Montero, considera que el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y jóvenes autores de actos típicos penales, y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere, de la pedagogía, de la psiquiatría y del arte del buen gobierno, conjuntamente. <sup>8</sup>

El Código Penal para el Distrito establecía en su artículo 119, que los menores de dieciocho años infractores de las leyes

<sup>6</sup> *La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano*, págs. 21, 22 y 52, Ed. UNAM., 1968.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, t. II, pág. 279, 4ª Ed.

<sup>8</sup> *Código Penal*, 4ª Ed. Porrúa, 1957.

penales serían internados por todo el tiempo necesario para su corrección educativa. Actualmente es el Consejo Tutelar para Menores Infractores, quien promueve la readaptación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de su personalidad y señalando medidas correctivas y de protección; interviene igualmente en la vigilancia del tratamiento respectivo. El artículo 2º de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal<sup>9</sup> dispone la intervención del Consejo cuando los menores infrinjan las leyes penales, o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, "a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo."

Según la misma Ley, el Consejo se formará por un Presidente, que será licenciado en Derecho y por el número de Salas que determine el presupuesto respectivo. Cada Sala contará con tres Consejeros numerarios, "hombres y mujeres, que serán un licenciado en Derecho que la presidirá, un médico y un profesor especialista en infractores".

El artículo primero transitorio de la citada Ley que crea los Consejos Tutelares, deroga los artículos 119 a 122 del Código Penal que integraban el Capítulo "De los Menores".

Nuestra Constitución, en el último párrafo del artículo 18 preceptúa: "La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores."

---

<sup>9</sup> Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial* del 2 de agosto de 1974 y entró en vigor treinta días después. Posteriormente se modificaron algunos dispositivos para concordarlos con el artículo 43 de la Constitución, que erigió en Estados miembros de la Federación a los Territorios de Baja California Sur y Quintaná Roo. Dichas reformas aparecen publicadas en el *Diario Oficial* del 23 de diciembre de 1974.



## XXIV

### DE LA CULPABILIDAD

SUMARIO: 1. Noción de la culpabilidad.—2. Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad.—3. Formas de la culpabilidad.—4. El dolo.—5. Elementos del dolo.—6. Diversas especies de dolo.—7. El dolo en el Derecho mexicano.

1. NOCIÓN DE LA CULPABILIDAD. Dijimos en el capítulo anterior, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal; corresponde ahora, delimitado el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad.

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta —según Cuello Calón—, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.<sup>1</sup> “Al llegar a la culpabilidad —dice Jiménez de Asúa—, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.” Para el mismo maestro, “en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 290, 8ª Ed.

<sup>2</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 444, Caracas, 1945.

Entre nosotros, Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto,<sup>3</sup> posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello consideramos a la culpabilidad como el *nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto*. Para villalobos, "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."<sup>4</sup>

2. DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD. Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el *psicologismo* y el *normativismo*.

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

<sup>3</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, pág. 49, Ed. 1954.

<sup>4</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 272, 2ª Ed., Porrúa, 1960.

el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.”<sup>5</sup>

Luis Fernández Doblado se expresa así: “Para la doctrina que comentamos, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso.”<sup>6</sup> Roberto Muñoz Ramón sostiene, entre otras cosas, que para los psicólogos la culpabilidad se agota sólo en el hecho psicológico.<sup>7</sup> Ya hemos dicho cómo el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y antijuridicidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable; por otra parte, claro está que en la teoría psicologista se trabaja dentro del campo normativo como es el del Derecho, único donde puede hablarse de delito.

b) *Teoría normativa o normativista de la culpabilidad.*<sup>8</sup>

<sup>5</sup> PORTE PETIT, *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, pág. 49.

<sup>6</sup> *Culpabilidad y Error*, pág. 24.

<sup>7</sup> Teoría de la culpabilidad (tesis profesional).

<sup>8</sup> El profesor Villalobos expresa al respecto: “El hecho de que toda afirmación de culpabilidad implique un reproche, una crítica y hasta una punibilidad para el sujeto, ha polarizado la atención induciendo a pensar que la esencia de la culpabilidad no radica en el sujeto culpable o en la forma de producirse el acto, sino en la comparación de la conducta con determinadas normas desatendidas o en una *especial valoración*, puesto que la afirmación de culpabilidad lleva ya consigo una estimación. A todo esto se ha llamado *concepción normativa de la culpabilidad*, singularizando la importancia de este aspecto de la cuestión y precipitando conclusiones extremas... La culpabilidad presupone la *antijuridicidad* o la valoración del acto. Con los mismos elementos de conciencia y voluntad, el acto puede ser culpable o meritorio según su naturaleza objetiva reprochable o digna de aprobación; y el ser autor, causa voluntaria y consciente del acto, es lo que hace al sujeto partícipe de la *reprobación* o *aprobación* que corresponde a dicho acto, reprobación o aprobación que, para el sujeto, se convierte en reproche o aplauso. Ese reproche, pues, que remotamente se conecta con una valoración objetiva del acto, inmediatamente implica una estimación de la actitud psicológica del sujeto que, conscientemente y por su propia voluntad, se constituye en causa del acto reprobado. En resumen, hay que reconocer que la noción completa de la culpabilidad se forma por dos elementos: una actitud psicológica del sujeto, conocida como *situación de hecho de la culpabilidad*; y una *valoración normativa* de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el Derecho y con sus obligaciones personales. Sin embargo,

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el *deber ser jurídico*.<sup>9</sup> "Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico. . . La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber."<sup>10</sup>

Reinhart Maurach, jurista alemán contemporáneo, escribe: "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a Derecho, aun cuando podía decidirse en favor del Derecho." El mismo autor, citando a Frank, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabi-

---

lo que ahora interesa es la actitud psicológica del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuricidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo todo el proceso (externo) de valoración, de reproche y aún de punibilidad." (*Op. cit.*, pág. 274.)

<sup>9</sup> En este sentido en nuestro estudio "La Culpabilidad y su Aspecto Negativo". Revista Jurídica Veracruzana, t. VII, núm. 1, pág. 45, marzo de 1957.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ DOBLADO, *Op. cit.*, pág. 27.

lidad es reprochabilidad del injusto típico. "Este juicio 'normativo' está justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. En el primer caso alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente contra los mandatos del Derecho; en el último se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social." Más adelante señala el propio Maurach que en la Dogmática actual existe avenencia de pareceres en concebir la esencia de la culpabilidad como un juicio de desvalor que grava al autor.<sup>11</sup>

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

No resulta ocioso advertir que los normativistas no se han unificado ni en torno a la norma soporte del juicio de culpabilidad, ni con relación a la materia de hecho sobre la cual ha de recaer ese juicio.

Si hemos de tomar la Ley positiva como un dogma, base de estudio e investigación, debemos seguir afiliados al psicologismo, por ser la corriente captada en el Código Penal (artículo 8).

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

<sup>11</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. II, págs. 14, 19, 20 y 21, traducción de Córdoba Roda, ed. Ariel, Barcelona.

3. FORMAS DE LA CULPABILIDAD. La culpabilidad reviste dos formas: *dolo y culpa*, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (*dolo*), o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (*culpa*). También suele hablarse de la *preterintencionalidad* como una tercera forma o especie de la culpabilidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

En el *dolo*, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la *culpa* consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la *inconsciente* o sin previsión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico. "Se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso; y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o el deseo, aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de merecer." <sup>12</sup>

Porte Petit sostiene que el Código penal mexicano incluye las tres formas de culpabilidad: el *dolo*, en el artículo 7; la *culpa* en el 8, y la *preterintencionalidad*, *ultraintencionalidad* o con exceso en el fin, en la fracción II del artículo 9, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta, regulada en el código como dolosa, lo cual equivale a decir que el delito es intencional sin serlo. <sup>13</sup>

Para Rodolfo Chávez Sánchez, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es inexacto que la fracción II del

<sup>12</sup> I. VILLALOBOS, *Op. cit.*, pág. 273.

<sup>13</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal*, pág. 50.

artículo 9 del Código Penal del Distrito, considere como dolosos a delitos carentes de ese carácter; el precepto exige, para la subsistencia de la presunción de dolo, que el resultado no querido sea consecuencia *necesaria y notoria* del hecho u omisión, o bien, el agente haya previsto o haya podido prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión o estar al alcance del común de las gentes. Cuando el resultado no querido surge como efecto del actuar inicial (en donde el sujeto se propuso un daño menor), en ausencia de aquellas condiciones legales, no podrá estimarse como doloso el evento efectivamente producido, en cuyo caso sólo deberán aplicarse las penas reservadas a la delictuosidad dolosa respecto al efecto deseado, pues el acaecido no surgió como necesaria y notoria consecuencia del hecho, ni era posible preverlo, por no ser efecto ordinario de aquél, ni estar, por ende, al alcance del común de las gentes.

Juan José González Bustamante, también Ministro de la Suprema Corte, con base en las disposiciones del Derecho positivo, asegura que la Ley Penal del Distrito no contempla la preterintencionalidad, pues el artículo 8 sólo alude al dolo y a la culpa, y con una tendencia dogmática se advierte que en todos los delitos o se quiere el resultado (dolo), o no se desea, pero surge por la actuación descuidada o imprudente del agente (culpa), sin ser dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta. Agrega: Aún los códigos que han incluido la preterintención, siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales, como acaece en la legislación veracruzana vigente, la cual para la punición de la tercera especie remite al dolo. Igual criterio sustentaba el Ministro Carlos Franco Sodi.<sup>14</sup>

Nosotros también creemos que no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa; ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventualmente, mientras la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste

---

<sup>14</sup> Sesiones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

se realiza por la conducta imprudente, imperita, o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es que el delito, o se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse. En consecuencia, en el fondo coincidimos con quienes sostienen que no es correcto hablar de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad. Para Villalobos, más que de delitos preterintencionales, se trata de delitos con resultado preterintencional, por sobrepasar su efecto el límite propuesto por el agente.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Sostiene el citado profesor Ignacio Villalobos, que si se admite que los delitos son dolosos, culposos y *preterintencionales* porque el resultado va más allá de la intención, tiene que aceptarse un cuarto miembro: la tentativa, en que el resultado se queda "más acá" de la intención y ni uno ni otro de estos casos realiza una nueva forma o especie de culpabilidad. Insiste que en el delito, además del resultado buscado por el agente, pueden aparecer otros fuera de lo propuesto. "No reconociendo más especies de culpabilidad que las de dolo y culpa, las reglas para uno y otra siguen siendo las únicas aplicables y habrá sólo que tener presente que el llamado 'delito preterintencional' es simplemente aquel en que se realiza una tipicidad más allá de la intención; que ese resultado puede producirse con dolo indirecto o eventual, con culpa o sin una ni otra especie de culpabilidad; que el tratamiento penal debe ser acorde con la situación real y concreta de causalidad y culpabilidad que en cada caso se compruebe... si se quiere abarcar toda la realidad del delito con resultado preterintencional, o todas sus posibilidades y variantes, deben admitirse las siguientes conclusiones:

a) Que es inadecuado buscar un trato unitario o una fórmula igual para todos los casos de preterintencionalidad.

b) Que si se distingue, como es debido, el dolo de la intención, el efecto típico que se produce más allá de esta última puede corresponder a una postura mental de dolo indirecto o eventual por parte del agente, a una actitud culposa o a un mero evento imprevisto e imprevisible y, por tanto, sin dolo ni culpa por lo que a él respecta.

c) Que si por 'intención' y por 'dolo' se quiere entender exactamente una misma cosa, entonces sería claro que en ningún delito "preterdoloso" podría considerarse el resultado sino como culposo o fortuito; pero aun así, no forzosa y exclusivamente culposo.

d) Que salvo los casos en que sólo se debe castigar en atención al tipo realizado, por considerarlo absorbente del intentado, o solamente en relación con el delito propuesto, por encontrar que no hubo dolo ni culpa en lo demás sobrevenido (rechácese, por favor, la inveterada tendencia a castigar lo no culpable por la sola sugestión de necesidad nacida del versare in re illicita o por el caduco sistema de los delitos calificados por el resultado), los jueces deberán considerar todos los tipos producidos, con la calificación de



4. EL DOLO. Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.<sup>16</sup> 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 de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.<sup>17</sup>

✓ En resumen: el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

✓ 5. ELEMENTOS DEL DOLO. El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

6. DIVERSAS ESPECIES DE DOLO. Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así, se habla en la doctrina de dolo directo, indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc. Nosotros nos ocuparemos solamente de las especies de mayor importancia práctica.

✓ El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón el

culpabilidad que les corresponde, juzgándolos acumuladamente como un caso de concurso ideal.

e) Que siendo erróneo buscar un trato unitario para todos los casos de preterintencionalidad, es necesario dejar a los tribunales la determinación de la naturaleza de cada uno de los casos que se les presentan, sin que se pueda apuntarles otras normas de orientación que las comprendidas en los párrafos anteriores." (Derecho Penal Mexicano, 2ª ed. págs. 315 y ss. Porrúa, México, 1960.)

<sup>16</sup> *Op. cit.*, 8ª Ed., t. I, pág. 302.

<sup>17</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 459, Caracas, 1945.

dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.<sup>18</sup>

✓ El *dolo eventual* (confundido por algunos con el indeterminado) 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.

Villalobos se adhiere a quienes dividen el dolo en las siguientes especies: directo, simplemente indirecto, indeterminado y eventual. Define el *directo* como aquél en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto típico. El *simplemente indirecto* si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta. El *indeterminado*, si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial (anarquista que arroja bombas sin pretender un resultado específico) El *eventual*, cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cuál será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo. El mencionado tratadista sugiere, como ejemplo de dolo eventual, el hecho consistente en mutilar a los niños para deformarlos a fin de tener éxito en la mendicidad. No obstante el conocimiento de los autores de la posibilidad de que sobrevenga la muerte, no retroceden ante ese peligro y realizan la conducta propuesta.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 307, 8ª Ed.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, pág. 293 y ss.

Dolo	Directo	{ El resultado coincide con el propósito del agente. (Decide privar de la vida a otro y lo mata.)
	Indirecto	{ El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato.)
	Indeterminado	{ Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas.)
	Eventual	{ Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.)

7. EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO. Nuestro Código, en su artículo 8, divide los delitos en *intencionales y no intencionales o de imprudencia*. En el 9 establece la presunción *juris tantum* de dolo. Dice este artículo: "La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: I. Que no se propuso ofender a determinada persona si tuvo en general intención de causar daño; II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado; III. Que creía que la ley era injusta y moralmente lícito violarla; IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso; V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; y, VI. Que obró

con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93."

La fracción I se refiere al dolo indeterminado. Hay intención genérica de delinquir, pero sin determinación del daño.

Sobre la naturaleza de la fracción II no existe unidad de criterio entre los comentaristas. Muchos sostienen que de las tres hipótesis que abarca, las dos primeras son de preterintencionalidad, porque el resultado va más allá de lo querido y, la tercera, de indeterminación dolosa: "...o si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado", por no requerir un objetivo específico, pero sí la intención de delinquir. Para nosotros, según antes manifestamos, no es dable admitir la preterintención como tercera especie de culpabilidad participante, a la vez, de la esencia del dolo y de la culpa, pues el delito se comete mediante dolo o culposamente. En la fracción II del citado artículo 9 parece encuadrar el dolo indirecto, si se tiene presente que se refiere, en su primera hipótesis, a un resultado penalmente tipificado no querido directamente por el agente, pero que sabe ocurrirá (que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito). Para Luis Jiménez de Asúa, se trata del dolo llamado "de consecuencia necesaria". La segunda hipótesis de la misma fracción es todavía más confusa: "Que no se propuso causar el daño que resultó... si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes..." Plantea dos situaciones diversas: que el agente haya previsto o podido prever. Si previó, puede ocurrir que se integre un dolo eventual o indirecto (según exista posibilidad o certidumbre respecto a la producción del resultado), mas también es dable la integración de la culpa consciente si el sujeto, habiendo previsto el evento, abriga la esperanza de que no ocurrirá, caso éste en donde no se explica la calificación legal de dolo. Ahora bien, cuando no se previó el resultado que pudo ser previsto, jamás se integrará el dolo, cuya naturaleza precisa que se prevea la consecuencia típicamente antijurídica y se quiera o acepte; por ende, incorrectamente la ley establece que existe dolo, ante la simple posibilidad de prever, que caracteriza a la culpa inconsciente.

De acuerdo con las fracciones III y IV, no sirve de excusa el juicio que pueda merecer la ley, ni su ignorancia, ni el concepto equivocado de la misma. Pero el juez podrá tomar en cuenta las circunstancias personales del infractor para regular su arbitrio, dentro de los límites mínimo y máximo de la pena.

La fracción V se refiere al error en la persona. Evidentemente subsiste la intención delictuosa, por no tutelar el Derecho a una persona en particular, sino a todas, a cualquier individuo. Sin embargo, el error en la persona (error accidental) puede dar lugar a la variación del tipo del delito como en el parricidio.

El consentimiento de los ofendidos, en términos generales, no legitima la acción delictuosa. El artículo 93 se refiere a los delitos perseguibles por querrela necesaria que ya tratamos; nos remitimos al tema relativo a la clasificación de los delitos.

## XXV

### DE LA CULPABILIDAD

(Continuación)

#### LA CULPA Y EL CASO

SUMARIO: 1. La culpa como segunda forma de la culpabilidad.—2. Noción de la culpa.—3. Elementos de la culpa.—4. Diversas clases de culpa.—5. Distinción entre culpa consciente y dolo eventual.—6. Fundamento de la punibilidad de los delitos culposos.—7. La culpa en el Derecho mexicano.—8. El caso fortuito.

1. LA CULPA COMO SEGUNDA FORMA DE LA CULPABILIDAD. Se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

2. NOCIÓN DE LA CULPA. Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley, (Cuello Calón).<sup>1</sup> Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezger).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 325, 8ª Ed.

<sup>2</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. II, pág. 171, 2ª Ed., Madrid.

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

La primera (previsibilidad) fue sostenida principalmente por Carrara para quien la esencia de la culpa "consiste en la previsibilidad del resultado no querido".<sup>3</sup> Afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia el cual no es, en última instancia, sino un vicio de la voluntad.

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

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

Según Antolisei una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, por algún reglamento, por alguna autoridad, o en fin, por el uso o la costumbre. Y de este modo, el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas. El sujeto no tomó las precauciones debidas al conducir su automóvil; hizo una intervención quirúrgica sin tener los conocimientos que todo perito en la materia posee; en forma irreflexiva oprimió el botón de una maquinaria que no conocía, produciendo un desastre. En todos estos casos, la naturaleza de la culpa está en el obrar negligente, imperito, irreflexivo o sin cuidado.<sup>4</sup>

✓ Por nuestra parte, consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción

<sup>3</sup> Programa, V. I, parágrafo 80.

<sup>4</sup> Cfr. RICARDO FRANCO GUZMÁN. "La culpabilidad y su Aspecto Negativo", *Criminalia*, pág. 460, julio de 1956.

de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.

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

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

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler



se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

A la culpa sin representación o inconsciente solía clasificársele en lata, leve y levísima, siguiendo el criterio que priva en el campo del Derecho Civil, según la mayor o menor facilidad en la previsión. La moderna doctrina penal ha dejado en el olvido tal clasificación, pero en nuestra legislación penal encuentra aceptación sólo por cuanto la gravedad o levedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad. La culpa es lata cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve si tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> El artículo 60 del Código Penal dispone: "Los delitos de imprudencia se sancionarán con prisión de tres días a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de actos u omisiones imprudentes, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes: I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; II. Si para ello bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia. III. Si el inculcado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios; y, V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos". (Reformado por Decreto de 31 de diciembre de 1954, publicado en el *Diario Oficial* de 5 de enero de 1955, en vigor al día siguiente.)

El Anteproyecto de Código penal de 1949, establece un concepto de culpa comprensivo de las dos especies señaladas antes. Expresa que existe culpa cuando no se previó el resultado siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produciría. Igual concepto y diferenciación se contiene en los Proyectos de 1958 y 1963; en este último se hace referencia también a que el resultado se produzca por impericia o ineptitud (artículo 13).

✓ 5. **DISTINCIÓN ENTRE CULPA CONSCIENTE Y DOLO EVENTUAL.** Tanto en una como en otro hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado delictivo; pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá.

6. **FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS CULPOSOS.** En los delitos culposos (no intencionales o de imprudencia) también existe menosprecio por el orden jurídico; hay una actuación voluntaria que omite las cautelas o precauciones necesarias para hacer llevadera la vida en común.

La necesidad de mantener incólumes la seguridad y el bienestar sociales mediante el Derecho, requiere que éste no únicamente imponga el deber de someterse a sus exigencias, sino también la obligación de obrar con todas las cautelas y precauciones indispensables para la conservación del propio orden jurídico, impidiendo su alteración; por ello al lado de los delitos dolosos se sancionan también los culposos. Por medio de la culpa se ataca igualmente, aunque en menor grado, ese orden jurídico imprescindible para la existencia y conservación de la vida misma de la colectividad.

7. **LA CULPA EN EL DERECHO MEXICANO.** Según el artículo 8 del Código Penal vigente, los delitos pueden ser: *intencionales y no intencionales o de imprudencia*. El párrafo final del propio precepto entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado si causa igual daño que un delito intencional.

El precepto no escapa a la crítica. Indebidamente emplea el vocablo *imprudencia* como sinónimo de *culpa*, a pesar de ser aquélla sólo una especie de ésta. Hablar de daño es desconocer que no todos los delitos lo producen; los hay de peligro y de lesión. También se ha dicho —con razón—, que si definió la culpa, debió, por unidad de sistema, hacer otro tanto con el dolo, o mejor no definir ninguna de las dos formas.

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

8. EL CASO FORTUITO. El caso fortuito encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 15 del Código Penal vigente: "Es circunstancia excluyente de responsabilidad: ... Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas." El legislador se refiere, sin duda, 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, según denominación nuestra, 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.

El profesor Franco Guzmán, al comentar la fracción X del artículo 15 de nuestro Código Penal, afirma, acertadamente, que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad; si el hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídico; si no es antijurídico, no está en condiciones de ser culpable.<sup>6</sup>

En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la con-

<sup>6</sup> La Culpabilidad y su Aspecto Negativo. *Criminalia*, julio de 1956, núm. 7, pág. 463.

ducta; de esa amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el 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 imprevisible.

## XXVI

### LA INculpABILIDAD

SUMARIO: 1. La inculpabilidad; noción.—2. Las causas de inculpabilidad.—3. El error y la ignorancia.—4. El error accidental.—5. La obediencia jerárquica.—6. Las eximientes putativas.—7. Legítima defensa putativa.—8. Legítima defensa putativa recíproca.—9. Legítima defensa real contra la putativa.—10. Delito putativo y legítima defensa putativa.—11. Estado necesario putativo.—12. Deber y Derecho legales putativos.—13. La no exigibilidad de otra conducta.—14. El temor fundado.—15. Encubrimiento de parientes y allegados.—16. Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

1. LA INculpABILIDAD; NOCIÓN. La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Esta definición, expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautológica. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativista de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.<sup>1</sup>

Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del

<sup>1</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 480, Caracas, 1945.

hecho) presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad temporal).

2. LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD. El problema de la inculpabilidad —escribe Fernández Doblado—, representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.<sup>2</sup>

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 eliminatória de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Para muchos especialistas seguidores del normativismo, llenan el campo de las inculpabilidades el *error* y la *no exigibilidad de otra conducta*. Por nuestra parte creemos que aún no se ha logrado determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues el Código mexicano se afilia a la teoría psicologista. En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el *error esencial de hecho* (ataca el elemento intelectual) y la *coacción sobre la voluntad* (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.

<sup>2</sup> *Culpabilidad y Error*, pág. 49, México, 1950.

3. EL ERROR Y LA IGNORANCIA. El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Según los escolásticos: *veritas est adaequatio intellectus et rei* (la verdad es la adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente). El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

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

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

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

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

como antes dijimos, el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.”<sup>3</sup>

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

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

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

---

<sup>3</sup> Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 52.



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

El artículo 9 del Código del Distrito establece: "La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: ... V. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito."

El Ordenamiento de 1931 no reglamenta el error de Derecho; en cuanto al de hecho, señala un caso en la fracción VI del artículo 15 (de ignorancia y no propiamente de error) y otro en la VII, referente a la obediencia jerárquica. De esta última nos ocuparemos después.

El profesor Luis Fernández Doblado explica en su cátedra el error conforme al cuadro de la página siguiente.

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

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

2º Si el inferior posee el poder de inspección, pero *desconoce la ilicitud* del mandato y ese desconocimiento es esencial

Error	De Derecho	Penal	{ Recae en la norma penal, en cuanto a su contenido y significación.
		Extra-penal	{ Versa sobre ese mismo contenido, pero en tanto se yerra respecto a un concepto jurídico perteneciente a otra rama del Derecho (Ej.: sobre el concepto de documento).
	De Hecho	Esencial	{ Recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta el factor intelectual del dolo, por ser tal elemento requisito constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada (como ocurre en las eximentes putativas). El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad.
		Accidental	{ En el golpe. En la persona. En el delito.

e insuperable, invencible, se configura una inculpabilidad a virtud de un error esencial de hecho.

3º 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).

4º Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente *tiene el deber de obedecer*, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta, como algunos incorrectamente suponen; el Derecho (en esas condiciones) está más interesado en la ciega obediencia del

inferior, que en la excepcional posibilidad de que el superior ordene algo delictuoso. Esto sucede lo mismo si el subordinado conoce o desconoce la ilicitud, pues el Estado impone al inferior como un deber cumplir las órdenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o ilicitud de la conducta ordenada. Tal acaece con los miembros del Ejército, en donde importa más la disciplina, con independencia de los delitos que eventualmente resulten. En el Instituto Armado, el Estado, la propia sociedad, esperan incondicional obediencia jerárquica de los miembros del mismo. Si en estos casos el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, se integra una causa de justificación y no hay delito por estar ausente la *antijuridicidad*. (La justificación por obediencia jerárquica se equipara a la de cumplimiento de un deber.)

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

6. LAS EXIMENTES PUTATIVAS. Ya en otra parte se demostró que pueden admitirse eximentes supra-legales (excepto las excluyentes de antijuridicidad); en consecuencia, existen sin duda causas de inculpabilidad aun cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente; esto es, si resulta dable extraerlas del Ordenamiento positivo. Según nuestro Código, los delitos son intencionales y no intencionales o de imprudencia (Art. 8); es decir, se integran tan sólo si se llenan las formas tradicionales de la culpabilidad: dolo o culpa. Si el sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento es a virtud de un error esencial e insuperable), o poseyendo esa conciencia ejerce una conducta o hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad y por ende un elemento esencial del delito, a pesar de que dicho agente sea completamente imputable. En este caso se hallan las eximentes putativas, no reglamentadas en nuestra ley de modo específico, mas es posi-

ble desprenderlas de los preceptos de la legislación represiva, por encontrarse inmersas en ella.

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

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

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

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

realidad se halla ante un simulacro.<sup>4</sup> José Rafael Mendoza expresa que la defensa putativa existe cuando el sujeto supone, erróneamente, encontrarse ante una agresión injusta.<sup>5</sup>

✓ En la legítima defensa putativa la culpabilidad está ausente por falta del elemento moral del delito, en función del error esencial de hecho. La actuación del agente es antijurídica porque, por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación (esta observación vale para todas las eximentes putativas), que en el caso sería la agresión actual, violenta, injusta, etc.; en tales condiciones, la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria al Derecho; pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico.<sup>6</sup> Para obrar alguien dolosamente precisa que haya conocido y previsto las circunstancias de hecho señaladas como relevantes en el tipo penal y tener conciencia de la significación antijurídica de su conducta. Se requiere, como dice Jiménez de Asúa, el conocimiento de que se quebranta el deber. Si falta ese conocimiento no puede existir el dolo; el agente actúa motivado por un error esencial de hecho.

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

9. LEGÍTIMA DEFENSA REAL CONTRA LA PUTATIVA. Si el sujeto que por error cree obrar en legítima defensa, con el pro-

<sup>4</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 507, Caracas, 1945.

<sup>5</sup> *Curso de Derecho Penal Venezolano*, pág. 351, Caracas.

<sup>6</sup> En este sentido en nuestro estudio "La Culpabilidad y su Aspecto Negativo", *Revista Jurídica Veracruzana*, pág. 45 y ss. Núm. 1, marzo de 1957.

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

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

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

12. DEBER Y DERECHO LEGALES PUTATIVOS. Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente. Si el error reúne

las condiciones ya antes señaladas, no habrá delito por ausencia de culpabilidad. Tal es el caso del funcionario o del policía ignorante de su cese, si considera cumplir con su deber al realizar los actos correspondientes a una autoridad de la cual carece.

13. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Con la frase "no exigibilidad de otra conducta", se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento. Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatoria de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. En contra puede citarse la opinión de Ignacio Villalobos: "Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial. Alguna solución se ha de buscar, en el terreno de la conveniencia política, al problema que en tales condiciones se plantea, pero ciertamente no es necesario pasar sobre la verdad técnica como lo hacen quienes declaran jurídica o inculpable una conducta que se realiza conscientemente contra la prohibición del Derecho, sin que medie cosa alguna que la autorice y aun cuando concurren condiciones precarias que sólo corresponden a un orden subjetivo y extrajurídico."<sup>7</sup> El mismo tratadista afirma: "... La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un

<sup>7</sup> *Derecho Penal Mexicano*, págs. 421 y ss. 2ª Ed., Porrúa, 1960.

perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos."

Ya expresamos nuestro punto de vista sobre la no exigibilidad de otra conducta en el segundo párrafo del inciso número 2 de este mismo tema, en donde hicimos notar que para desaparecer la culpabilidad precisa la anulación de alguno de sus dos elementos, o de ambos, de lo cual se infiere que las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo; en consecuencia, las inculpabilidades están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Hecha ya la aclaración de que la no exigibilidad de otra conducta representa, para unos, una causa de inculpabilidad, y para otros la motivación de una excusa, la cual, dejando subsistente el carácter delictivo del acto excluye la pena, a continuación estudiaremos algunas formas específicas de esa no exigibilidad.

14. EL TEMOR FUNDADO. La fracción IV del artículo 15 del Código Penal comprende entre las excluyentes de responsabilidad: "~~El temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor...~~" Puede considerarse esta eximente como una causa de inculpabilidad por coacción sobre la voluntad, siempre y cuando no la anule en el sujeto, sino le conserve las facultades de juicio y decisión, de tal manera que pueda determinarse en presencia de una seria amenaza. Para la mayor parte de los especialistas, el fundado temor es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Estado, según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroico.

15. ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS. También se configura una eximente, por no exigibilidad de otra conducta, tratándose del encubrimiento en las condiciones establecidas por la ley. Dice la fracción IX del artículo 15: "Ocultar al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso,



siempre que se trate de: *a)* Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines; *b)* el cónyuge o parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo; y, *c)* los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad." Anota Porte Petit: "La fracción X constituye una causa de inculpabilidad por 'no exigibilidad de otra conducta', en virtud de que la motivación del encubridor de allegados no es reproachable, por ser más poderosa que la exigencia estatal de cooperar con la administración de justicia, desviándonos en este tema, por tanto, de la doctrina mexicana que la considera como excusa absolutoria, constituyendo para ella un aspecto negativo de la punibilidad..."<sup>8</sup>

Se advierten, pues, dos tendencias sobre esta eximente: una la considera causa de inculpabilidad y otra ve en ella una excusa absolutoria. Para ambas, sin embargo, se trata de una no exigibilidad de otra conducta; la no exigibilidad anula para unos la culpabilidad, mientras para otros la punibilidad. De acuerdo con nuestro Código, afiliado al psicologismo, nos parece más "dogmático" apreciar en el encubrimiento de parientes y allegados una excusa absolutoria por no exigibilidad de otra conducta, porque —como hemos dicho antes—, no vemos con precisión cuál elemento de la culpabilidad se afecte con la repetida "no exigibilidad de otra conducta".

16. ESTADO DE NECESIDAD TRATÁNDOSE DE BIENES DE LA MISMA ENTIDAD. Hemos reservado para este lugar el estudio de un caso del estado necesario, a saber: cuando los intereses en conflicto son de un valor equivalente. Ya dijimos que si los bienes son desiguales, sólo cuando el sacrificado sea el de menor entidad, se integrará una causa de justificación; el Derecho, ante la imposibilidad de conservar ambos, permite, aún con pérdida del menor, la salvación del de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, la doctrina presenta diversas soluciones. Según algunos, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta; para

---

<sup>8</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, pág. 54.

otros debe existir un perdón o una excusa —criterio este último por nosotros compartido—, pues el Estado no puede exigir el heroísmo. En resumen: La conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo rango, es delictuosa, mas debe operar en su favor un perdón o una excusa; el Poder Público no puede exigirle otro modo de obrar. Como según nosotros la no exigibilidad sólo es relevante para evitar el merecimiento de penas, pero no la culpabilidad, estamos en desacuerdo con quienes consideran, en el caso a estudio, la integración de una inculpabilidad, coincidiendo en que se trata de una no exigibilidad de otra conducta, pero eliminatoria de la punibilidad.

## XXVII

### LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

SUMARIO: 1. Noción de la punibilidad.—2. El problema de la punibilidad como elemento del delito.—3. Breve referencia a la condicionalidad objetiva.—4. Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias).—5. Algunas especies de excusas absolutorias.

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

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

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

2. EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. Aún se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito.

Dice Porte Petit: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal 'nulla poena sine lege', pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7º del Código Penal." <sup>1</sup>

Como opiniones en contrario, pueden citarse, entre otras, las de Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero, al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio, 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 per-

<sup>1</sup> *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, págs. 59 y ss.

manece inalterable.<sup>2</sup> Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible. En cambio, sí es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de incluir en la definición del delito la punibilidad, tendríamos, para ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc.<sup>3</sup>

A las razones anteriores se puede agregar: En el caso de las excusas absolutorias, se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito; ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero sí a quienes intervienen en alguna forma en la realización del acto, y esto es así, necesariamente, porque cooperan en el delito; de lo contrario sería imposible sancionarlos.

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

<sup>2</sup> *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 125, México, 1956.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, págs. 203 y ss.

Para mayor claridad, tomemos como ejemplo el robo entre ascendientes y descendientes. Esta excusa sólo favorece a quienes tienen la liga de parentesco; los extraños partícipes son merecedores de la pena correspondiente, por ser personalísima la exención. Si se sanciona a los coautores, se debe a su intervención en un hecho que necesariamente conserva el carácter de delito, no obstante la ausencia de punibilidad para el ascendiente o descendiente. Por ello, repetimos, la punibilidad no es elemento esencial del delito, sino su consecuencia ordinaria. (Véase Cap. XIII, núm. 7.)

Nuestro en otro tiempo profesor del Curso Superior de Derecho Penal en el Doctorado de la Facultad, doctor Celestino Porte Petit, después de nuevas y fecundas investigaciones, decididamente se pronuncia por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta *no es un elemento sino una consecuencia del delito.*"<sup>4</sup>

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

Por otra parte, aún no existe delimitada con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados; o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Urge una correcta sistematización de ellas para que queden firmes sus alcances y naturaleza jurídica.

<sup>4</sup> Apuntes de la Parte General de Derecho Penal (edición mimeográfica), pág. 150, México, 1960.

Generalmente son definidas como *aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación*. Como ejemplo suele señalarse la previa declaración judicial de quiebra para proceder por el delito de quiebra fraudulenta; nótese cómo este requisito en nada afecta la naturaleza misma del delito.

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

4. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

5. ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS. Nos ocuparemos a continuación de las excusas absolutorias de mayor importancia.

a) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar. El artículo 377 del Código Penal del Distrito preceptúa: "El robo entre ascendientes y descendientes no produce responsabilidad penal; pero si además de esas personas interviniera alguna otra, a ésta no aprovechará la excusa, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido." La misma situación rige para el fraude y el abuso de confianza (artículos 385 y 390 del C. P.).

<sup>5</sup> *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, pág. 236, Ed. Porrúa, 1964.

El fundamento de la excusa se ha querido encontrar en una supuesta copropiedad familiar; en motivos de intimididad; o bien, en el simple recuerdo de aquella copropiedad. Villalobos —con su acostumbrada ironía— hace notar que la “intimididad” no produce efectos tan señalados en otros casos como el de los amigos, hermanos o cónyuges; y ni “un lejano recuerdo” de cosas que quizá existieron, puede ser capaz de originar tan desproporcionados efectos como la impunidad de un delito, pues con tal criterio tendría que ser amparado todo ladrón, abigeo o abusario, por haber recuerdos lejanos de la propiedad comunal fuera de la familia. Para él, de ser un hecho la “copropiedad familiar”, no daría lugar a una excusa, sino a la desaparición del delito, pues no puede haber robo, ni fraude, ni abuso de confianza por la disposición de cosas propias.<sup>6</sup>

Desde hace años, hemos venido sosteniendo que si la familia es la base de la sociedad, interesa al Estado protegerla y por ello se encuentra obligado, antes que a sancionar el robo, a procurar el fortalecimiento de los vínculos familiares, por ser la familia la célula social. Serían negativos los efectos de la represión, si el propio Estado favoreciera la comparecencia de los hijos ante los tribunales para acusar a sus propios padres, o a la inversa.

El robo entre cónyuges, o por un suegro contra su yerno o su nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal, pero sólo se podrá proceder contra los autores a petición del agraviado (Art. 378 del Código Penal del Distrito).

b) Excusa en razón de mínima temibilidad. El artículo 375 del Código Penal vigente establece que cuando el valor de lo robado no pase de cien pesos, sea restituido por el ladrón espontáneamente y pague los daños y perjuicios antes de tomar la autoridad conocimiento del hecho, 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.

<sup>6</sup> En este sentido en *Derecho Penal Mexicano*, pág. 426.



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

Según González de la Vega,<sup>7</sup> la impunidad para el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera víctima de su imprudencia, al defraudarse sus esperanzas de maternidad; por ende resultaría absurdo reprimirla.

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

En el primer caso se exime de pena en función de nula o mínima temibilidad; en el segundo, en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el Estado no está en condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, mas se mantiene incólume la calificación delictiva del acto. Con acierto expresa Ricardo Abarca<sup>8</sup> que el derecho a la libertad sexual no puede llegar hasta el punto de justificar la muerte dada en el feto, pero se excluye la pena a virtud de los sentimientos de repugnancia de la propia mujer al serle violentamente impuesta la maternidad.

d) *Otras excusas por inexigibilidad.* En el capítulo anterior quedó estudiado el encubrimiento de parientes y allegados, verdadera excusa absolutoria fundada, a nuestro juicio, en la no exigibilidad de otra conducta. Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280, fracción II y 151 del Código Penal del Distrito Federal. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El otro precepto excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su eva-

<sup>7</sup> *Código Penal Comentado*, pág. 277.

<sup>8</sup> *Tratado de Derecho Penal*, pág. 197.

sión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas. Otro caso de inexigibilidad, de donde surge una excusa absolutoria, se halla en la fracción IV del artículo 247 del mismo cuerpo legal; se refiere a la falsa declaración de un encausado. La propia Constitución protege al inculpado con una rica gama de garantías; por ende, el Estado, en el caso de la excusa mencionada, no está en condiciones de exigir un obrar diferente. Adviértase, sin embargo, la dificultad de realización de la hipótesis, porque tratándose del acusado no se le toma protesta y según nuestra Ley, la falsedad debe hacerse precisamente previa protesta de decir verdad, para integrar el delito cuya pena, en la especie, se excusa. El mismo ordenamiento alude al caso de quien es examinado sobre la cantidad en la cual estima una cosa y falta a la verdad. Aquí no existe razón para la excusa; si el que falta a la verdad cree, por error, manifestar lo cierto, indudablemente no comete delito.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> La fracción IV del artículo 247 del C. P. dice: "Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado bajo protesta de decir verdad y faltare a ella en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito un documento, o afirmando un hecho falso, o alterando o negando uno verdadero o sus circunstancias substanciales. Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que se estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado."

## XXVIII

### LA VIDA DEL DELITO

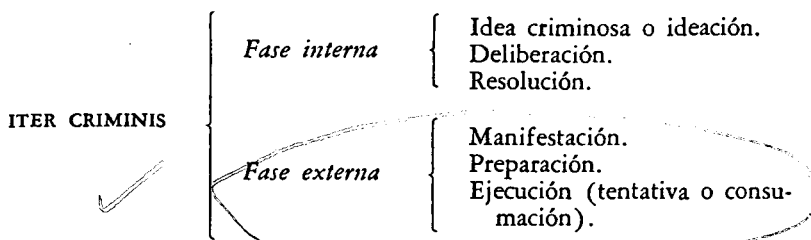
(Iter Criminis)

SUMARIO: 1. Explicación de la frase "Iter Criminis".  
2. Fases del *Iter Criminis*.—3. Fase interna.—4. Fase externa.—5. La tentativa.—6. Punibilidad en la tentativa.—7. Diversas formas de tentativa. Delito imposible.

1. EXPLICACIÓN DE LA FRASE "ITER CRIMINIS". El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama *iter criminis*, es decir, camino del crimen. Los delitos culposos no pasan por estas etapas; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial. La vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito. ✓

2. FASES DEL ITER CRIMINIS. El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto

de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.



3. FASE INTERNA. La fase interna abarca tres etapas o períodos: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

Idea criminosa o ideación. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

Deliberación. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Resolución. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

El problema de la incriminación de las ideas. En frase que se ha hecho célebre decía Ulpiano: "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie puede ser penado por sus pensamientos) y Rossi, el ilustre clásico, afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado... Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al in-

cendio".<sup>1</sup> Por su parte Francisco Carrara, el insigne clásico, sostiene que el ejercicio de la justicia está delegado, en virtud de la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre, gracias a una coacción eficaz; pero los derechos del hombre no se ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos, sin cometer abuso, no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a Dios. Y cuando se dice que la ley penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución.<sup>2</sup>

A lo anterior sólo agregaremos que la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida gregaria.

4. FASE EXTERNA. Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución.

*Manifestación.* La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.

La manifestación no es incriminable. Por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. En este caso y

<sup>1</sup> Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito*, pág. 577, Caracas, 1945.

<sup>2</sup> Cfr. *Programa de Derecho Criminal*, pág. 47, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá, 1956.

en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito. Nuestra Constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito (artículo 6).<sup>3</sup>

Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.<sup>4</sup>

Sebastián Soler los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.<sup>5</sup>

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón para Cuello Calón, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos. Por excepción, nuestro Código sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo relativo, mas no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; tal es el caso del artículo 256 al establecer sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, ganzúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito. Este precepto, sea dicho de paso,

<sup>3</sup> Nuestro Derecho ha elevado a la categoría de delitos, entre otras, las siguientes resoluciones manifestadas: la *proposición para cometer el delito de rebelión* (artículo 135, fracción I), la resolución para cometer traición, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje (reforma de 27 de julio de 1970, publicada en el *Diario Oficial* de 29 del mismo mes y año, en vigor "el día de su publicación").

<sup>4</sup> Cfr. *La Ley y el Delito*, pág. 591, Caracas, 1945.

<sup>5</sup> Cfr. *Derecho Penal Argentino*, t. II, pág. 216.

además de anacrónico, rompe con el principio de igualdad, porque los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia.

Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. En seguida estudiaremos la tentativa. ✓

5. LA TENTATIVA.<sup>6</sup> La tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate. Según Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa. Jiménez de Asúa define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito. ✓ Para Impallomeni, es la ejecución frustrada de una determinación criminosa.

Entendemos, pues, por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. ✓

El joven juspenalista Francisco Javier Ramos Bejarano, aclara que es preferible no hacer referencia sólo a "ejecución", porque pudiera tomarse el vocablo en su sentido estricto y entonces no comprendería las omisiones, en las cuales, sin duda, también es dable la tentativa. Define ésta como "la ejecución o inejecución (en su caso) de actos encaminados a la realización de un delito, si no se consuma por causas independientes del querer del agente".<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Uno de los mejores estudios sobre el tema, se debe al jurista mexicano J. Ramón Palacios, "La Tentativa", Imprenta Universitaria, México, 1951.

<sup>7</sup> *La Ley y el Delito*, pág. 595, Ed. A. Bello, Caracas, 1945.

<sup>8</sup> *La Tentativa Inacabada*. Revista de la Facultad de Derecho, pág. 64, t. XVI, enero-marzo de 1964.

6. PUNIBILIDAD EN LA TENTATIVA. El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se viola la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminoso, no es punible la tentativa.

7. DIVERSAS FORMAS DE TENTATIVA. Se habla de *tentativa acabada o delito frustrado*, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la *tentativa inacabada o delito intentado*, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución, v. gr.: si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consuma ni subjetiva, ni objetivamente; en tanto el frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurrió por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada intervención del médico.

Insistimos en que si el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos (tentativa inacabada) hay imposibilidad de punición. Según el artículo 12 del Código Penal, para que la tentativa sea sancionable precisa la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo tanto, si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, habrá impunidad. La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la



consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto.

Si en la especie tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en la acabada o delito frustrado no es posible y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento *activo o eficaz*; no es dable desistir de lo ya ejecutado, mas como el resultado no se produce por causas derivadas de la voluntad del agente, tampoco hay punición.

El profesor Francisco H. Pavón Vasconcelos define el arrepentimiento activo o eficaz, como la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado.<sup>9</sup>

No es lo mismo el arrepentimiento activo o eficaz que el *post factum*. En el primero se evita el resultado y por ende no es dable punir la tentativa; en el segundo surge el resultado, porque tal arrepentimiento deviene una vez consumado el delito; por lo que no se excluye la punibilidad.

8. DELITO IMPOSIBLE. No debe confundirse la tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible. En ésta tampoco se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, pero por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Tal sucede cuando se administra un abortivo a mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto.

Tampoco debe confundirse el delito putativo o imaginario con el imposible. En el putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe. En el imposible, por imposibilidad material. En éste el acto (en otras condiciones) sería intrínsecamente delictuoso. En el putativo no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria; el sujeto cree, erróneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente. El delito putativo —como no es delito— no puede sancionarse en grado de tentativa ni de supuesta consumación. El imposible

<sup>9</sup> Breve Ensayo sobre la Tentativa, pág. 117, 2ª Ed. Porrúa, México, 1974.

tampoco debe punirse ni cómo tentativa, pues no entraña la ejecución de hechos encaminados directamente a la realización de un delito; éste jamás se verificaría por falta de objeto jurídico; sin embargo, el asunto es muy discutido entre los especialistas.<sup>9</sup> Nosotros, interpretando el artículo 12 del Código Penal, consideramos que el legislador de 1931 no quiso captar dentro del precepto la tentativa de delito imposible.

---

<sup>10</sup> RODOLFO CHÁVEZ SÁNCHEZ, Ministro de la Suprema Corte de Justicia, sustenta el criterio de que sí hay *tentativa punible* cuando el delito *no se consuma por ausencia de objeto jurídico*, como en el caso del ejemplo clásico de quien dispara sobre alguien ya muerto, desconociendo el agente esta circunstancia, pero siempre que los medios sean idóneos y se encaminen directamente a la ejecución del acto típico, así sea éste de imposible realización.

## XXIX

### PARTICIPACION

SUMARIO: 1. Concepto de participación.—2. Naturaleza de la participación.—3. Grados de participación.—4. El encubrimiento.—5. Reglas especiales de participación.—6. Asociación delictuosa y Pandillerismo.—7. Muchedumbres delinquentes.

1. CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN. A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos, como en el adulterio, en donde la intervención de dos personas es una condición indispensable para la configuración del tipo. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la participación. Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad. ✓

En otra parte (Cap. XIV, núm. 9) se hizo la distinción entre delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, según el tipo legal exija del comportamiento de uno o de varios individuos. Si en la descripción típica no se precisa como necesaria la concurrencia de dos o más personas, el delito sigue siendo monosubjetivo aun cuando en forma contingente intervengan varios sujetos. El homicidio, v. gr., es siempre unisubjetivo porque de acuerdo con el artículo 302 del Código Penal, basta sólo un agente para su realización, con independencia de que, en ocasiones, se ejecute por una pluralidad de individuos. En cambio, los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse con la conducta de un hombre, sino

necesariamente por la de dos o más, como ocurre, por ejemplo, en la figura establecida en el artículo 141 (reformado) del Ordenamiento represivo: "Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a quienes resueltan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación." En los delitos unisubjetivos por naturaleza, es dable, como ha quedado asentado, la concurrencia de varios agentes y sólo entonces se habla de participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito penal; así, haciendo referencia al mismo delito de homicidio, si diversos individuos intervienen, tanto en la planeación cuanto en su ejecución y toca a cada uno distinta actividad dentro del mismo propósito concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configuran el *concurso eventual* o *participación*. Si la estructura del tipo requiere de dos o más sujetos activos, se integra el *concurso necesario*; por ello, al definir antes la participación (concurso eventual o contingente), se anotó como condición que el tipo legal no imponga la pluralidad.

2. NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN. Diversas doctrinas pretenden desentrañar la esencia de la participación; con un propósito sintetizador pueden reducirse a tres, a saber: De la causalidad; de la accesoriedad y, de la autonomía.

a) *Teoría de la causalidad.* Al estudiar el elemento objetivo del delito (Cap. XV, núm. 10) quedó precisado que el hecho se integra por una conducta, un resultado y un nexo causal; se analizaron las principales corrientes al respecto. Ahora bien, con base en la causalidad se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación, al considerar codeincentes a quienes contribuyen, con su aporte, a formar la causa del evento delictivo. Para Von Buri, la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.

b) *Doctrina de la accesoriedad.* Recibe este nombre, porque considera autor del delito sólo a quien realiza los actos (u omisiones) descritos en el tipo legal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal,

respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal. El delito producido por varios sujetos, único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondientes a los partícipes.

c) *Teoría de la autonomía.* Para esta corriente, el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia. Quienes intervienen ya no son "partícipes", habida cuenta de la autonomía de su conducta; por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles "individualmente" las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. Esta corriente es clasificada como pluralística, por admitir varios delitos, en oposición a las dos anteriores, llamadas monísticas o unitarias, por estimar que autor y partícipes producen un delito único.

*Comentario.* Ciertamente en el delito realizado por varias personas (cuando el tipo no exige la plurisubjetividad), sólo deben tenerse como delinquentes quienes convergen con su influjo a la causación del hecho descrito por la ley. Pero conviene no perder de vista que la teoría de la causalidad —en otra parte estudiada— únicamente resuelve el problema de la determinación de la causa en el mundo fenomenológico; por ende, urge tener presente lo expuesto sobre el particular, en cuanto a que precisa analizar si el comportamiento de quien contribuyó a constituir la causa productora del resultado, quedó matizado de delictuosidad, en función de todos los elementos del ilícito penal. Tomada en sentido demasiado rigorista la doctrina de la causalidad, ha llevado a afirmar que para ella no existe diferencia entre delinquentes principales y accesorios y, por lo mismo, todos son responsables en igual grado. Mas, por una parte, no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es delincuente, ni necesariamente todos los que resulten codeinquentes tienen la misma responsabilidad; la medida de ésta encuéntrase mediante el análisis no sólo del factor objetivo, sino de todos los elementos del delito y fundamentalmente

del subjetivo. Requiere, pues, el examen de las conductas concurrentes para establecer diferencias entre ellas y adecuar los tratamientos y las sanciones de modo personal, sobre la base del aporte no únicamente físico o material, sino psicológico, de cada sujeto. Entendida así la teoría de la causalidad, resuelve los problemas sobre la naturaleza de la participación. Con razón dice Mezger que con una sensación valorativa más fina, se necesita distinguir las diversas formas de participación en el hecho punible, porque "la equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica. . ." <sup>1</sup> En consecuencia, dentro de la corriente de la causalidad, es dable admitir, en un mismo delito, distintos grados de participación, de donde se engendran diversas responsabilidades y penas diferentes.

3. GRADOS DE PARTICIPACIÓN. Como se ha visto, la participación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación. Ya Francisco Carrara distinguió entre responsables principales y accesorios. Autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio, los delinquentes accesorios o cómplices son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

Llábase *autor* al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. La doctrina está de acuerdo, por supuesto, en considerar como autores no sólo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los *autores materiales* y los *autores intelectuales*.

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente *autor*; si varios lo originan, reciben el nombre de *coau-*

<sup>1</sup> *Tratado de Derecho Penal*, t. II, págs. 289 y ss. 3ª Ed. Madrid, traducción de Rodríguez Muñoz.

tores. Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aun cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulta eficaz en el hecho delictuoso.

Sebastián Soler, entre otros, habla de *autores mediatos* para señalar a aquellos que siendo plenamente imputables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediato no delinque *con otro*, sino *por medio de otro* que adquiere el carácter de mero instrumento.

Maggiore<sup>2</sup> clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) Según el *grado*, la participación puede ser *principal* y *accesoria*; mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación.

b) Según la *calidad*, la participación puede ser *moral* y *física*, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y al asociación.

c) En razón del *tiempo*, la participación es *anterior*, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en él lleva cada partícipe; *concomitante*, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito; y *posterior*, cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo, y

d) Según su *eficacia*, la participación es *necesaria* y *no necesaria*, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión, el concurso de personas.

La participación es *moral*, cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es *física*, si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Hay *instigación*, dice Soler, cuando el sujeto "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo".<sup>3</sup> La *determinación* o *provocación* se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro,

<sup>2</sup> *Derecho Penal*, t. II, pág. 108, 5ª Ed., Bogotá, 1954.

<sup>3</sup> *Derecho Penal Argentino*, t. II, págs. 258 y ss., Buenos Aires, 1956.

Diferencia ✓

It. ✓

realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillarlos a la ejecución del delito.

El *mandato* existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, para exclusivo beneficio del que ordena. La *orden* no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad. La *coacción* se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El *consejo* es la "instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador". La *asociación* es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.<sup>4</sup>

**4. EL ENCUBRIMIENTO** Dentro de nuestra legislación penal, el encubrimiento se encuadra tanto como forma de participación (artículo 13, fracción IV), cuanto como delito autónomo (artículo 400). Si se considera a la participación como la vinculación de los sujetos que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede ser considerado el encubrimiento como una forma de aquélla, salvo el caso excepcional de que la acción posterior al delito haya sido acordada previamente. Sobre esta importante cuestión, Fernández Doblado expresa: "Como consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en el delito con la teoría de la causalidad, se excluyó de aquélla toda forma de intervención que no tuviera influjo causal en el resultado, es decir, que no hubiera puesto una condición anterior a éste; si bien entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con los anteriores y concomitantes, a los posteriores; en este último caso, éstos deben estar ligados al delito en relación de causa a efecto, como sucede con la promesa anterior, que ya hemos examinado al referirnos a la participación. Fuera de estos casos la figura de los cómplices posteriores resultaría tan contradictoria como la de la causa posterior al efecto."<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Cfr. MAGGIORE, *Op. cit.*, pág. 109.

<sup>5</sup> "La Participación y el Encubrimiento". *Criminalia*, núm. 6, junio de 1959.



Tal como se encuentra recogido en nuestro Código (artículo 13, fracción IV), el encubrimiento no integra una forma de participación; la intervención del encubridor es posterior al delito y la participación requiere, como se ha visto anteriormente, una contribución a la producción del resultado. Mas como no es posible admitir la antinomia, debemos armonizar los preceptos 13 y 400 y entender que, según se ha dicho, el encubrimiento establecido en la fracción IV del 13 (forma de participación), sólo opera si hubo acuerdo previo a la ejecución; de lo contrario el sujeto únicamente podrá ser sancionado como simple encubridor, en los términos del artículo 400 del mismo Código Penal. Si antes de cometerse un homicidio, por ejemplo, un individuo acepta encubrir al homicida y ocultar el instrumento del delito, aun cuando su comportamiento sea *a posteriori*, resulta partícipe del homicidio. Si realiza la misma actividad, mas sin ponerse de acuerdo de antemano con el homicida, su conducta tipifica el delito de encubrimiento, de conformidad con el artículo 400 de la ley represiva.

6. REGLAS ESPECIALES DE PARTICIPACIÓN. Nuestro Código de 1931 (también los Códigos de 1929 y 1971), establece reglas especiales para cuando se lleve al cabo un delito diverso del proyectado. Dice el artículo 14: "... Si varios delinquentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes: I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal; II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados; III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y, IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o, que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo..." El artículo 309 referente al homicidio cometido con intervención de tres o más personas preceptúa: "Cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes: I. Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y constare quién o quiénes las in-

firieron, se aplicará a éstos, o a aquél, la sanción como homicidas; II. Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y no constare quién o quiénes fueron los responsables, se impondrá a todos, sanción de tres a nueve años de prisión; III. Cuando las lesiones sean unas mortales y otras no y se ignore quiénes infirieron las primeras, pero constare quiénes lesionaron, se aplicará sanción, a todos, de tres a nueve años de prisión, a menos que justifiquen haber inferido las lesiones no mortales, en cuyo caso se impondrá la sanción que corresponda por dichas lesiones; y, IV. Cuando las lesiones sólo fueren mortales por su número y no se pueda determinar quiénes las infirieron, se aplicará sanción de tres a nueve años de prisión a todos los que hubieren atacado al occiso con armas a propósito para inferir las heridas que aquél recibió." (Reformado según Decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el *Diario Oficial* de 8 de marzo del mismo año, en vigor 15 días después).

Los comentaristas coinciden en que el artículo 14 antes transcrito, es innecesario. En la hipótesis de la fracción I, si el nuevo delito es el medio adecuado para cometer el principal, se está en el caso de la imputación dolosa, por haberse querido el resultado, sea directa, indirecta o eventualmente. En la fracción II se contempla una hipótesis de dolo indirecto (de consecuencia necesaria). La III puede dar lugar al dolo en sus distintas especies, pues al saber el sujeto de la comisión del nuevo delito, es claro que tuvo la representación del mismo y lo quiso. En la última fracción es dable apreciar el dolo eventual, porque si al estar presente el agente en la ejecución del nuevo delito, no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo, significa que en última instancia lo ratificó o aceptó.

Al interpretar el artículo 309, nuestra H. Suprema Corte ha sostenido que su aplicación queda limitada al llamado homicidio tumultuario, es decir, a aquel realizado en una riña en donde intervienen tres o más personas; por ende se excluyen los homicidios simple y calificado. Contra tal criterio se pronuncia Corte Petit al estimar que la no operancia de las reglas generales de la participación, por imposibilidad de determinar el grado de la misma y el nexo de causalidad, hace extensiva la aplicación de la benigna excepción a todos los que inter-

vengan en la ejecución del homicidio, sin justificarse su limitación al cometido en riña.

6. ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y PANDILLERISMO. Las asociaciones delictuosas son verdaderas organizaciones cuyo propósito es delinquir. Independientemente de las infracciones que la *societas sceleris* llegue a cometer, la simple reunión con tales fines, tipifica el delito de "asociación delictuosa", previsto y sancionado por el artículo 164 del Código Penal, el cual establece prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos, al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de pertenecer a ella, con independencia de la pena correspondiente al delito cometido o por cometerse. En la asociación delictuosa no hay participación, sino concurso necesario.

En el delito de pandillerismo, a que se contrae el artículo 164 bis del Código Penal vigente, opera también el concurso necesario de sujetos, por exigir el tipo la pluralidad. Dicho precepto establece: "Cuando se ejecuten uno o más delitos por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, además de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos, la sanción de seis meses a tres años de prisión. Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito."<sup>6</sup>

El delito de asociación delictuosa difiere del de pandillerismo en que en el primero el tipo requiere de una organización con fines delictuosos, en tanto el segundo se configura sin ese requisito; basta que cometan en común algún delito tres o más sujetos, reunidos en alguna de las formas señaladas por el dispositivo. Debe quedar perfectamente aclarado que si bien en el pandillerismo no es dable admitir la participación, por tratarse de un "concurso necesario de personas", es operante

<sup>6</sup> Este artículo fue incluido en el Código Penal por Decreto del 2 de enero de 1968, publicado en el *Diario Oficial* del 8 de marzo del mismo año. Entró en vigor quince días después.

la participación (o concurso eventual) respecto al o a los delitos cometidos por los pandilleros.

7. MUCHEDUMBRES DELINCUENTES. Dice Carrancá y Trujillo: "Mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictivos, las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan dominados por los perversos y antisociales; se produce un proceso de sugestión de miembro a miembro, por el que la idea del delito termina por triunfar... Los partícipes, según Sighele, ya que han sido inducidos a cometer el delito en circunstancias excepcionales, deben ser estimados como menos temibles que el delincuente aislado o asociado... mas no siempre deberá corresponder a todos pena atenuada; puede tocarles hasta agravada, según la temibilidad individual revelada."<sup>7</sup> El mismo maestro, citando al juspenalista Mariano Jiménez Huerta, señala la existencia de un fondo de inferioridad en la psicología de las masas: actúan por tendencias y simpatías y no por lógica y análisis, con predominio de la vida afectiva sobre el razonamiento; de aquí su impulsividad, sugestividad y domesticidad, su simplismo psicológico tendiente a lo malo y cruel; prepondera en las masas lo mecánico y lo intuitivo de las funciones mentales y así la asociación de ideas prevalece sobre el razonamiento, la imaginación espontánea sobre la racional y constructiva, la fe ciega sobre el espíritu crítico, la pasión sobre el dominio de sí mismo y la agresividad sobre la ponderación; las masas carecen de alma superior; no saben nunca exactamente lo que quieren, pero sí lo que odian o niegan y están dispuestas a destruir; es nula su capacidad constructiva; el aglutinante de la masa es la coincidencia de deseos primarios, de la innata inclinación al mal, del complejo de inferioridad moral y material, de la voluntad de suplir esa inferiori-

---

<sup>7</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 153, México, 1956.

dad individual con la fuerza de la multitud. Puede distinguirse entre la minoría directora y la mayoría dirigida.<sup>8</sup>

De conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal, los jueces tomarán en consideración, para individualizar la pena, todas las condiciones en que se hallaba el sujeto al delinquir, tanto las referidas al hecho como las personales del infractor y de los ofendidos. En esta forma es dable al juzgador adecuar certeramente las sanciones, en función también del hecho de pertenecer los delincuentes a una muchedumbre criminal, o de ser sus conductores, o bien, si se trata de sujetos verdaderamente temibles que aprovechan la ocasión para delinquir incorporándose a la masa.

---

<sup>8</sup> Para una noción más amplia puede consultarse directamente el texto de CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, t. II, Cap. XXI (epígrafe último).

### XXX

## EL CONCURSO DE DELITOS

SUMARIO: 1. Ideas generales; noción.—2. Unidad de acción y de resultado.—3. Unidad de acción y pluralidad de resultados.—4. Pluralidad de acción y unidad de resultado.—5. Pluralidad de acciones y de resultados.—6. Acumulación.—7. Concurso aparente de leyes.—8. Reincidencia.—9. Habitualidad.—10. Identificación.

✓ 1. IDEAS GENERALES; NOCIÓN. En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal y material.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

2. UNIDAD DE ACCIÓN Y RESULTADO. Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

3. UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE RESULTADOS. En este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal —y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto—, se advierte una doble o múltiple

infracción; es decir, por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho.

*ejemplo*  
Se pueden citar muchos ejemplos de concurso ideal o formal; tal ocurre si el individuo, con un disparo de arma de fuego, mata a su adversario, lesiona a un transeúnte y daña la ajena propiedad; también cuando el delito de violación reconoce como sujeto pasivo a un pariente próximo, tipificándose, además, el incesto. (Respecto a este último ejemplo, algunos consideran sólo un delito: la violación.)

Artículo 58 del Código Penal: "Siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una sola omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicará la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración."

El concurso ideal también se conoce con el nombre de acumulación formal o ideal. González de la Vega aclara que nuestro Código no le llama acumulación ideal, probablemente para no confundirla con la acumulación real o concurso material, reservando la palabra *acumulación* sólo para este último.<sup>1</sup>

4. PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE RESULTADO. Una conducta reiteradamente delictuosa, puede lesionar el mismo bien tutelado por el Derecho. Las acciones son múltiples, pero una lesión jurídica. Se habla entonces del delito continuado. Recuérdese que es continuado en la consciencia y discontinuo en la ejecución. Consiste en unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de ataque jurídico. (Para mayor claridad véase el tema XIV núm. 5.)

El Código Penal del Distrito en el artículo 19 define el delito continuo como aquel en el cual se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen.

El concepto del legislador mexicano más bien se amolda al

<sup>1</sup> *Código Penal Comentado*, pág. 129, México, 1939.

delito doctrinariamente llamado *permanente*, en donde la acción delictiva permite la posibilidad de prolongarla en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Tal es el caso del rapto y, en general, de los delitos de privación de la libertad. En cambio, en el delito continuado son varias las acciones emanadas de la misma resolución (diversos adulterios con una persona, robar determinados bienes mediante acciones repetidas).

La fórmula del delito continuado fue ideada por los prácticos italianos con el propósito de evitar la aplicación de penas exageradas a un mismo individuo autor de varios delitos relativamente pequeños; se llegó a la conclusión (para eludir los excesos señalados) de que no se integran múltiples delitos semejantes, sino una infracción única.

La determinación de que un delito es instantáneo, permanente o continuado, no solamente tiene relevancia para los efectos de la distinción con el concurso, sino muy especialmente para marcar el momento en el cual debe empezar a correr el término para la prescripción; a fin de determinar el lugar de realización y estar en condiciones de fijar la competencia; para precisar si ya se ejecutó, o si se está ejecutando, caso éste en donde puede oponerse la defensa legítima, etc.

5. PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE RESULTADOS. Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por algunos de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo, cometidos por un mismo sujeto).

6. ACUMULACIÓN. El concurso real o material produce la *acumulación de sanciones*. Si un mismo sujeto es responsable de varias infracciones penales ejecutadas en diferentes actos, es claro que proceda la acumulación.

Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material, a saber: acumulación material, absorción y acumulación jurídica. En el sistema de



acumulación material se suman las penas correspondientes a cada delito. En el de la absorción, sólo se impone la pena del delito más grave, pues se dice que éste absorbe a los demás. En el de la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable.

El Código Penal de 1931 parece acogerse a los tres sistemas; el artículo 64 permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (absorción) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a los delitos cuya pena sea de menor cuantía (acumulación jurídica), y establece la posibilidad de aplicar hasta la suma de las sanciones de todos los delitos (acumulación material) sin que pueda exceder de cuarenta años.

Artículo 18: "Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita."

Artículo 64: "En caso de acumulación se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de cuarenta años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52."

7. CONCURSO APARENTE DE LEYES. El concurso de normas ha recibido muy diversas denominaciones: "conflicto de leyes"; "colisión de normas"; "conurrencia de normas incompatibles entre sí", etc. Trátase de un problema de aplicación de la ley penal; por ello muchos autores ubican el tema dentro de la Teoría de la Ley Penal.

En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto; esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de leyes o conflicto de leyes. En el concurso ideal, un solo acto tipifica dos o más delitos por violarse en

efecto dos o más disposiciones penales; en el concurso aparente sólo se viola una disposición, pero hay dificultad para determinar cuál sea, pues varias tipifican el mismo hecho. Son dos o más leyes en donde, simultáneamente, trata de encuadrar una misma conducta. En este caso, sin duda, no existe concurso de delitos; la infracción penal es única y una sola lesión jurídica; hay, pues, concurso de leyes, por ser diversas las que pretenden comprender el hecho. No operan distintas antijuridicidades, sino una, pero parece convenir, al mismo tiempo, a varios tipos legales. Según el artículo 59 del Código del Distrito, cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor.

8. REINCIDENCIA. Etimológicamente reincidencia quiere decir recaída; pero en el lenguaje jurídico-penal se aplica el vocablo para significar que un sujeto ya sentenciado, ha vuelto a delinquir. Hay una diferencia fundamental entre el concurso real y la reincidencia; para ésta se requiere que ya se haya pronunciado sentencia condenatoria por un delito anterior, mientras en el concurso no.

La reincidencia se clasifica en genérica y específica. La primera existe cuando un sujeto ya condenado, vuelve a delinquir mediante una infracción de naturaleza diversa a la anterior. Es específica si el nuevo delito es de especie semejante al cometido y por el cual ya se ha dictado una condena. El artículo 20 del Código Penal del Distrito preceptúa: "Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviene de un delito que tenga tal carácter en este Código o leyes especiales." El Artículo 65 señala la pena aplicable a los reincidentes.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Artículo 65: "A los reincidentes se les aplicará la sanción que debe-

9. HABITUALIDAD. "Una especie agravada de la reincidencia es en nuestro Derecho la habitualidad. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, cuando las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años (Art. 21 del Código Penal). En cuanto a la sanción correspondiente, será el doble de la que conforme al artículo 65 deba imponerse a los simples reincidentes (Art. 66 del Código Penal). Por último son igualmente aplicables a los habituales los artículos 22, 23 y 85 del Código Penal."<sup>3</sup>

10. IDENTIFICACIÓN. Para que los jueces y tribunales estén en condiciones de aplicar certeramente las reglas sobre concurso, reincidencia y habitualidad, así como para darse cuenta de la personalidad de los infractores, deben conocer los antecedentes penales de los mismos. Estos y otros motivos especialmente los relacionados con la función investigatoria, han originado la necesidad de buscar sistemas de identificación de los delincuentes; dos son los principales: el *antropométrico* y el *dactiloscópico*. *medios*

El antropométrico, cuyo autor es el doctor Alfonso Bertillón, se basa en las medidas y características de los individuos, útiles en su conjunto para identificarlos; se complementa con fotografías de frente y de perfil.

Más preciso que el anterior, es el sistema dactiloscópico, consistente en aprovechar los dibujos o huellas que dejan las papilas dérmicas de las yemas de los dedos, las cuales no se modifican nunca en el mismo sujeto, pues permanecen constantes desde los seis meses de vida intrauterina y hasta después de la muerte. La implantación del sistema se debe a Francisco Galton, con base en los estudios de William Hershell. Pero quien más

---

ría imponérseles por el último delito cometido, aumentándola desde un tercio hasta dos tercios de su duración a juicio del juez. Si la reincidencia fuere por delitos de la misma especie, el aumento será de dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena. Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará esta suma."

<sup>3</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 151.

ha contribuido a su perfeccionamiento es el investigador argentino Juan Vucetich.

La dactiloscopia ha tomado tres diversas direcciones, surgiendo, consecuentemente, tres sistemas diferentes: *a)* el sistema Galton, en Inglaterra, Estados Unidos, República Dominicana y Panamá; *b)* el sistema Vucetich en todo el resto de América de habla española y portuguesa; y, *c)* el sistema Oloris, en España. En el Galton —dice don Constancio Bernaldo de Quirós—, los tipos fundamentales de dibujos papilares son hasta ocho, a saber; arco plano, arco realzado, asa radial, asa cubital, bolsa central, lazada doble, verticilo y verticilo accidental. Estos ocho tipos quedan reducidos a cuatro en el sistema Vucetich, a saber: arco, presilla interna, presilla externa y verticilo. Conforme al sistema Oloris seguido en España, se emplean los mismos cuatro tipos del de Vucetich con nombres diversos.<sup>4</sup>

Para realizar la clasificación de las huellas de un individuo, se utiliza la fórmula de un quebrado, cuyo numerador expresa los datos de la mano derecha y el denominador los de la izquierda. Los pulgares se representan por una letra mayúscula, según el tipo respectivo; los demás dedos por el número, del 1 al 4, que les corresponda, según se advierta en cada dedo el arco, número 1, la presilla interna, número 2, la presilla externa número 3 y el verticilo, número 4.

Entre nosotros se utiliza el sistema Vucetich complementado con el retrato hablado con base en el bertillonaje.

Don Constancio Bernaldo de Quirós reproduce sus propias huellas dactilares con el siguiente quebrado:

V. 3243

I. 2242

---

<sup>4</sup> *Criminología*, pág. 303, 2ª Ed. Puebla, México.

TEORIA DE LA PENA Y DE LAS  
MEDIDAS DE SEGURIDAD

## XXXI

### LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

SUMARIO: 1. Penología.—2. Noción de la pena.—3. Fundamentos de la pena.—4. Fines y caracteres de la pena.—5. Clasificación.—6. Las medidas de seguridad.—7. Individualización de la pena.—8. La condena condicional.—9. La libertad preparatoria.—10. Breve referencia a la pena de muerte.

1. PENOLOGÍA. Es el conjunto de disciplinas que tiene por objeto el estudio de las penas, su finalidad y su ejecución. Dice Carrancá y Trujillo que "la Penología o tratado de las penas, estudia éstas en sí mismas, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus sustitutos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad..."<sup>1</sup> El campo de la Penología lo constituye la rica variedad de penas y medidas de seguridad en todos sus aspectos.<sup>2</sup>

Unos autores ubican a la Penología dentro de la Criminología; otros la consideran autónoma. Rama importante de la Penología es la Ciencia Penitenciaria, cuyo objeto de conocimiento es la pena de prisión, en su aplicación, fines y consecuencias.

2 NOCIÓN DE LA PENA. Muchas definiciones se han dado sobre la pena; nosotros sólo señalaremos algunas.

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

<sup>1</sup> *Derecho Penal Mexicano*, t. I, p. 41, 6ª Ed. Robredo, 1962.

<sup>2</sup> En este sentido SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, *Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales*, pág. 45. México, 1962.

✓ por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal (Eugenio Cuello Calón). Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor (Franz Von Liszt). Por nuestra parte hemos dicho que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.

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

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

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

c) *Mixtas.* Estas teorías, dice Eusebio Gómez, intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. De todas las teorías mixtas, la más difundida es la de Rossi, quien toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad.

Eugenio Cuello Calón parece adherirse a las teorías mixtas, al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.<sup>3</sup>

4. FINES Y CARACTERES DE LA PENA Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además, debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.<sup>4</sup>

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

Villalobos señala como caracteres de la pena los siguientes: debe ser aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana,

<sup>3</sup> *Derecho Penal*, t. I, pág. 536, Barcelona, 1947.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, t. I, pág. 536.

5 características ✓



equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal, variada y elástica.<sup>5</sup>

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

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

El artículo 24 del Código Penal establece: "Las penas y medidas de seguridad son: 1. Prisión; 2. Relegación (derogada); 3. Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; 4. Confinamiento; 5. Prohibición de ir a lugar determinado; 6. Sanción pecuniaria; 7. Pérdida de los instrumentos del delito; 8. Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas; 9. Amonestación; 10. Apercibimiento; 11. Caución de no ofender; 12. Suspensión o privación de derechos; 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos; 14. Publicación especial de sentencia; 15. Vigilancia de la Policía; 16. Suspensión o disolución de sociedades; 17. Medidas tutelares para menores y las demás que fijen las leyes.

De entre las penas señaladas, merece especial reflexión, además de la de muerte a la cual dedicamos un apartado, una especie del género sanción pecuniaria, a saber: la reparación del daño. El artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal establece: "La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales..." Este precepto permite apreciar que la reparación

<sup>5</sup> *Derecho Penal Mexicano*, págs. 508 y ss. Porrúa, 1960.

del daño unas veces es pena y otras pierde tal carácter, lo cual resulta contradictorio. En realidad, por su naturaleza, la reparación del daño no puede ser una pena; ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 91 del Código represivo. Si admitiéramos como pena pública tal reparación, se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la Constitución. Urge, pues, retornar a los sistemas anteriores, dejando al campo del Derecho Civil el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito.<sup>6</sup>

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

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

Acertadamente señala Villalobos,<sup>7</sup> que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aun cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia sociales; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica. Insiste el mismo

<sup>6</sup> Para un estudio sobre esta cuestión, puede consultarse el *Derecho Penal Mexicano* de Ignacio Villalobos, págs. 553 y 594. Edición Porrúa, 1960.

<sup>7</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 512 y ss. Porrúa, 1960.

autor en que las medidas de seguridad miran sólo a la peligrosidad y, por ende, pueden aplicarse no únicamente a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley. Hace notar el aludido maestro, cómo las medidas de seguridad no son recursos modernos, según de ordinario se cree, sino procedimientos de antigua raigambre, contenidos, desde luego, en el Código de 1871, de corte netamente clásico.

7. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. En todos los tiempos se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito. Recuérdese la ley del talión "ojo por ojo y diente por diente", para hacer más palpable la equivalencia entre el hecho y su castigo. Posteriormente, se sintió la necesidad de tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y más tarde su temibilidad o peligrosidad social.

El Código de 1871 de Martínez de Castro, establecía tres términos en las penas: mínimo, medio y máximo, los cuales se aplicaban en función de los catálogos de atenuantes y agravantes (artículos 66 a 69). La legislación de 1929 adoptó el mismo sistema, con una variante: el juzgador podía tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y sus modalidades, así como de conformidad con las condiciones peculiares del delincuente (Art. 55).

El Código vigente señala penas con dos términos, uno mínimo y otro máximo, dentro de los cuales puede moverse el arbitrio del sentenciador. El Ordenamiento en sus artículos 51 y 52, fija bases al juez para graduar la sanción en cada caso. El primero de esos preceptos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrán en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente"; el 52 ordena tomar en consideración la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño causado y del peligro corrido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto; los móviles que lo impulsaron a delinquir y sus circunstancias económicas; las condiciones especiales en que se encontraba en el

momento de la comisión del delito y demás antecedentes personales; la calidad de las personas ofendidas y demás factores de modo, tiempo y lugar a fin de determinar el grado de temibilidad. El precepto también impone al juez la obligación de tomar conocimiento directo del delincuente, de la víctima y de las circunstancias del hecho.

En cuanto a las penas privativas de la libertad, se ha intentado su duración *indeterminada*, por el tiempo necesario para obtener la corrección del sentenciado. En nuestro Derecho es inadmisibles la *pena indeterminada*, en función de las disposiciones de la Carta-Magna; sólo es dable al ejecutor de las sanciones prolongar o disminuir la pena base fijada por el juez, dentro de los límites marcados en la propia sentencia y de acuerdo con la ley. Generalmente los juzgadores indican, acatando el Ordenamiento represivo, que la pena privativa de libertad se impone en calidad de *retención* hasta por una mitad más del término de su duración, pero la ausencia de la mención es irrelevante, porque el artículo 88 establece: "Las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de *retención* hasta por la mitad más de su duración"; así se expresará en la sentencia, sin que la omisión de este requisito sea obstáculo para hacerla efectiva." En reciente reforma se establece que toda sanción privativa de libertad se reducirá en un día por cada dos de trabajo.<sup>8</sup> La libertad preparatoria procede, como se verá después, cuando ya se ha cumplido una parte de la condena.

8. LA CONDENA CONDICIONAL. La condena condicional, de remotos antecedentes en el Derecho Canónico, proviene en la

---

<sup>8</sup> El artículo 81 dispone: "Todo reo privado de su libertad y que no se encuentre enfermo o inválido, se ocupará en el trabajo que se le asigne, de acuerdo con los reglamentos interiores del establecimiento en donde se encuentre. Toda sanción privativa de libertad se entenderá impuesta con reducción de un día por cada dos de trabajo, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectivos readaptación social, siendo esta última condición absolutamente indispensable. Este derecho se hará constar en la sentencia." (Reformado por Decreto de 16 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año, en vigor 60 días después de la publicación.)

actualidad de los Estados Unidos del Norte (1859), de donde pasó a Europa y a otros países de América. Se estableció por vez primera en 1929 en el Distrito Federal en el Código Almaraz, pero en la República fue en la Ley de San Luis Potosí en donde inicialmente se instituyó (1921).

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

El artículo 90 del Código del Distrito, preceptúa que la condena condicional suspende la ejecución de la sanción impuesta por sentencia definitiva. Podrá suspenderse a petición de parte o de oficio, cuando la pena privativa de libertad no exceda de dos años, se trate de delinquentes primarios que hayan observado buena conducta, tengan modo honesto de vivir y otorguen fianza para asegurar su presentación ante las autoridades que los requieran. Según la fracción VII del artículo aludido, si durante tres años, contados desde la fecha de la sentencia ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla.<sup>9</sup>

*3 años en algunos*

<sup>9</sup> Por Decreto de 16 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año (en vigor 60 días después de la publicación), se modifican diversos preceptos del Código Penal, entre otros el relativo a la condena condicional. El nuevo dispositivo alude a que por primera vez el sentenciado haya incurrido en delito "intencional". Como también se advierten otras variantes, a continuación se transcribe:

"Artículo 90. El otorgamiento y disfrute de los beneficios de la condena condicional, se sujetarán a las siguientes normas: I. El juez o Tribunal, en su caso, al dictar sentencia de condena o en la hipótesis que establece la fracción X de este artículo, suspenderán motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas condiciones: a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de dos años; b) Que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible, y c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir. II. Para gozar de este beneficio el sentenciado deberá: a) Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido; b) Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia; c) Desempeñar en el plazo que se le fije,

De acuerdo con los términos mismos del precepto, la concesión de la condena condicional es potestativa para el juzgador y no imperativa. Podrá ser negado el citado beneficio, a pesar de tratarse de penas privativas de libertad menores de dos años y de delinquentes primarios, si en la causa obran datos que, de acuerdo con el criterio del juez, hagan apreciar al condenado como de temibilidad considerable, en cuyo caso, podrá decretarse la negativa fundamentando debidamente la conclusión. Así de manera uniforme lo ha resuelto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

9. LA LIBERTAD PREPARATORIA. La libertad preparatoria se concede a los delinquentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta. El Código del Distrito de 1931, establece esta institución en sus artículos 84, 85, 86 y 87, en donde señala las bases para la concesión de la libertad por parte del Ejecutivo. Esas exigencias son, fundamentalmente, que se trate de penas privativas de libertad mayores de dos años; el sentenciado al cumplir la parte relativa de su condena haya observado los reglamentos carcelarios; una persona solvente vigile la conducta del reo e informe de la

profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; d) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica; y e) Reparar el daño causado. Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá, en el plazo que se le fije, esta obligación. III. La suspensión comprenderá la pena de prisión y la multa, y en cuanto a las demás sanciones impuestas, el juez o tribunal resolverán discrecionalmente según las circunstancias del caso. IV. A los delinquentes a quienes se haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo prevenido en el mismo. V. Los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. VI. En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los términos de este artículo, la obligación de aquél concluirá seis meses después de transcurridos los tres años a que se refiere la fracción VII, siempre que el delincuente no diere lugar a nuevo proceso o cuando en éste se pronuncie sentencia absoluta. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar desempeñando el cargo, los expondrá al juez a fin de que éste, si los estima

misma a la autoridad y otorgue fianza para garantizar la presentación de su fiado; el reo adopte oficio o profesión; resida en el lugar que se le señale y haya reparado el daño causado por su delito u otorgado fianza para garantizar esa reparación. Si el agraciado con la libertad preparatoria observare mala conducta o dejare de cumplir con los requisitos respectivos, se le hará extinguir toda la parte de la condena privativa de libertad de la cual se le había hecho gracia.<sup>10</sup>

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

justos, prevenga al sentenciado que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarle, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo verifica. En caso de muerte o insolvencia del fiador, estará obligado el sentenciado a poner el hecho en conocimiento del juez para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresa en el párrafo que precede. VII. Si durante el término de tres años, contados desde la fecha de la sentencia que cause ejecutoria, el condenado no diere lugar a nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, se considerará extinguida la sanción fijada en aquélla. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, en la que el reo será considerado como reincidente. Tratándose de delito imprudencial, la autoridad competente resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la sanción suspendida. VIII. Los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el plazo de tres años, tanto si se trata de delito intencional como imprudencial, hasta que se dicte sentencia firme. IX. En caso de falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el condenado, el juez podrá hacer efectiva la sanción suspendida o amonestarlo, con el apercibimiento de que, si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha sanción, y X. El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa."

<sup>10</sup> Originalmente el artículo 85 del Código Penal, relativo a la libertad preparatoria, prohibía su concesión a los condenados por robo de infante, a los reincidentes y a los habituales. El mencionado precepto se modificó, según reforma publicada en el *Diario Oficial* de 8 de marzo de 1968, en los siguientes términos: "La libertad preparatoria no se concederá al condenado por robo de infante, corrupción de menores, delitos en materia

únicamente cuando el delito por el cual se acuse tenga señalada en la Ley una pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años (Art. 20 de la Constitución).

10. BREVE REFERENCIA A LA PENA DE MUERTE. Del artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal, se desprende que la pena capital ha sido excluida del catálogo legal; sin embargo, como la Constitución General de la República no la

de estupefacientes, a los reincidentes ni a los habituales." En reciente nueva reforma, según Decreto de 16 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año (en vigor 60 días después de su publicación) se modifican los preceptos relativos a la libertad preparatoria:

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

"Artículo 85. La libertad preparatoria no se concederá a los condenados por delito contra la salud en materia de estupefacientes, ni a los habituales, ni a quienes hubieren incurrido en segunda reincidencia."

"Artículo 86. La autoridad competente revocará la libertad preparatoria: I. Si el liberado no cumple las condiciones fijadas, salvo que se le dé una nueva oportunidad en los mismos términos que se establecen en la fracción IX del artículo 90 de este Código; II. Si el liberado es condenado por nuevo delito intencional mediante sentencia ejecutoriada, en cuyo caso será de oficio la revocación; pero si el nuevo delito fuere imprudencial, la autoridad competente podrá, según la gravedad del hecho, revocar o



prohibe,<sup>11</sup> algunos Estados todavía la conservan en sus respectivos ordenamientos punitivos; también existe en la legislación castrense. Advuértase cómo la Carta Magna la permite (limitándola a casos señalados expresamente) pero no la impone como obligatoria, ni en los supuestos relativos. En tal virtud, aún se sigue discutiendo si debe reimplantarse en el Distrito Federal, así como en las entidades Federativas en donde ya no existe, o si, por el contrario, conviene suprimirla en los Estados que todavía la imponen y en el fuero militar.

González de la Vega escribe: "... La pena de muerte es ejemplar, pero no en el sentido ingenuo otorgado por sus partidarios; es ejemplar porque enseña a derramar sangre. México representa, por desgracia, una tradición sanguinaria; se mata por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aun por el puro placer de matar; la *ley fuga*, ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre. Es indispensable remediar esta pavorosa tradición, proclamando enérgicamente

---

mantener la libertad preparatoria, fundando su resolución. El condenado cuya libertad preparatoria haya sido revocada, deberá cumplir el resto de la pena. Los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción."

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

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, reglamenta la tramitación de la libertad preparatoria en los artículos 583 y siguientes, que también se reformaron según Decreto de 18 de febrero de 1971, publicado en el *Diario Oficial* de 19 de marzo del mismo año (en vigor 60 días después de su publicación).

<sup>11</sup> El artículo 22 de la Constitución General preceptúa: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera 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—. Queda también 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 o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

que en México 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 de la vida humana, así sea a la de una persona abyecta y miserable. Por otra parte, la pena de muerte es estéril, infecunda e inocua. Se ha reservado históricamente a los homicidios calificados especialmente de premeditación; el asesino que prepara su delito siempre tiene la convicción de eludir la acción de la justicia; en su cálculo no entra, ni la pena de muerte ni sanción alguna, salvo que, como afirma Ferri, a la postre resulta esencialmente imprevisor y olvida siempre algún dato que permitirá no evitar el delito ya consumado, sino imponerle la sanción. El caso típico que demuestra la inutilidad de la pena de muerte es su aplicación en los delitos de rebelión; tenemos ciento treinta años de aplicar la pena de muerte para las rebeliones, y tenemos ciento treinta años de rebelión. El recrudecimiento último de los delitos de sangre y la iniciativa de la restauración de la pena de muerte, son síntomas de un mismo mal: la tradición de Huichilobos.”<sup>12</sup>

A las razones anteriores, Carrancá y Trujillo añade que la pena de muerte es, en México, radicalmente injusta e inmoral, pues el contingente de delincuentes amenazados con ella, se compone de hombres humildes del pueblo; los delincuentes de las otras clases sociales delinquen generalmente contra la propiedad y en esos casos la pena capital no estaría señalada. Se aplicaría, por tanto, a los hombres más humildes, víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado, víctimas de la incultura, de la desigualdad económica, de la deformación moral de los hogares en donde se han desarrollado, mal alimentados y viciados por el alcoholismo, siendo los culpables no ellos, sino el Estado y la sociedad, que en vez de la escuela, la adaptación social y la igualdad económica, los suprime lisa y llanamente por medio de la pena de muerte.<sup>13</sup>

Para el historiador Fernando Anaya Monroy, la tradición humanista de México y el respeto que al país le ha merecido

<sup>12</sup> *Derecho Penal Mexicano*, Los Delitos, t. I, pág. 138, 3ª Ed. México, 1944.

<sup>13</sup> *Derecho Penal Mexicano*, t. II, pág. 188, 4ª Ed. 1956.

siempre la persona humana, le impulsan a aceptar sin reservas el abolicionismo.<sup>14</sup>

Infinidad de argumentos se han aducido en pro y en contra de la pena capital; mucho se ha escrito sobre esta cuestión. En favor se afirma fundamentalmente que es *necesaria; lícita, ejemplar y útil*.

*No es necesaria*, por su ineficacia para la restauración del orden jurídico perturbado; en los países donde más se aplica, la delincuencia sigue en aumento. Es a todas luces *ilícita* porque el Estado carece del derecho a privar de la vida; en la relación jurídica existen dos extremos: de una parte el propio Estado y de la otra el individuo a quien deben serle respetados sus atributos esenciales, así sea un criminal. El Derecho, regulador de la conducta humana, sólo se justifica en tanto realiza determinados valores para hacer posible la vida gregaria; por ende no puede, válidamente, destruir los bienes fundamentales encomendados a su protección. Ya el Marqués de Beccaria expresaba que nadie ha cedido al depósito común el derecho a la propia vida; además ese derecho es inalienable y no es dable cederlo.<sup>15</sup> No puede ser lícita, cuando la experiencia enseña que no se aplica por igual al débil y al poderoso, o mejor dicho, nunca se impone a éste, entrañando por lo tanto una manifiesta injusticia. Revela la práctica que no sirve de ejemplo para quienes no han delinquido, pues en los lugares donde existe, sigue delinquiéndose; en consecuencia, no es *ejemplar*. Además, es sabido que muchos condenados a muerte han presenciado anteriores ejecuciones. Tampoco es *útil*, si como se ha expresado, lejos de contribuir a la disminución de la delincuencia, ésta crece en aquellos países en donde la pena capital tiene mayor aplicación. Por otra parte es *trascendental*, dado el inenarrable sufrimiento por ella causado a los familiares del condenado.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Conferencias, 1959.

<sup>15</sup> *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Cap. XVI. Traducción de BERNALDO DE QUIRÓS, Cajica, 1957.

<sup>16</sup> Citemos algunas de las formas en que se ha aplicado la pena de muerte, tomadas del libro de Juan J. E. Casasús "Por la Abolición del Castigo Capital" (1ª Ed. La Habana, 1934): "El lujo de crueldad de esta pena llegó al grado máximo en Venecia. Los jueces venecianos tenían un

Podemos agregar que las normas jurídicas deben tener un mínimo de contenido moral (el Derecho pertenece a la Ética,

grupo de personas que se encargaban de estudiar la mayor forma de suplicio, para los condenados a muerte. Inventaron el enterrar vivo, como también el de cocer a los sentenciados. El sistema más espantoso para dar muerte a un hombre era, sin duda alguna, el enterrarlo vivo. Dictada la sentencia, el condenado era conducido ante el Juez, quien después de darle a conocer la forma como había de morir, le mostraba un ataúd, diciéndole: 'Dentro de unos instantes estarás dentro de este ataúd, empezarás a sentir asfixia; después estarás bajo tierra y querrás despedazar la caja; te sangrarás el cuerpo de desesperación; aullarás como un perro; te acordarás del crimen que cometiste; sentirás un espantoso remordimiento; pedirás perdón a gritos, pero nadie te escuchará; empezarás a sentir que te faltan las fuerzas; harás el último esfuerzo para librarte de la estrecha prisión; el aire te faltará al fin y haciendo un gesto espantoso, quedarás muerto. Ahora te llevaré a que conozcas la historia completa que te he contado. Y el infeliz era encerrado en el ataúd y sepultado bajo tierra.' De Venecia esta costumbre pasó a Francia, donde fue practicada por espacio de un siglo.

Tan terrible como enterrar con vida, era la sentencia de morir cocido, también inventada en Venecia, y, sin duda, importada de China, según afirma Ung-Pen. El condenado a muerte era colocado desnudo dentro de un enorme cazo de cobre, lleno de agua fría. Bajo el cazo había una gran cantidad de leña; los verdugos se divertían, primero, con la ansiedad del condenado a muerte y con la vergüenza que demostraba debido a que siempre se hacía asistir a esos actos a mujeres perversas, las que se divertían con criticar los defectos físicos del desdichado que iba a perder la vida. 'Cuando ya las mujeres se habían divertido lo suficiente, se prendía fuego a la hoguera. El agua empezaba a calentarse y luego a hervir. Los últimos momentos del condenado a muerte eran espantosos. Tan espantosa era esta manera de matar, que Enrique VIII, quien presencié una ejecución, horrorizado, ordenó que jamás volviera a ser empleado ese sistema. La última víctima del 'cocimiento' fue Rosse, cocinero del Obispo de Rochester, envenenador de su amo.

Los sistemas de ejecución en Venecia fueron introducidos a la mayor parte de los países europeos. En Alemania se usó por varios siglos la decapitación y el descuartizamiento de los condenados a muerte; en Inglaterra eran amarrados a una rueda que les azotaba contra el suelo hasta hacerlos pedazos.

Las penas más terribles eran, generalmente, durante la Edad Media, para los envenenadores. Entre los envenenadores más famosos del siglo XIII se recuerda a Luisa Mabre, extraña mujer —a la que la ciencia, gustosa quisiera examinar ahora—, en menos de un año envenenó con arsénico blanco mezclado con cristal pulverizado a sesenta y dos niños de París. La Mabre era una mujer de la aristocracia que se dio a las costumbres más extravagantes después de haber tenido un terrible conflicto conyugal. Se le veía por las calles de París repartiendo dulces a los pequeños por quienes aseguraba tener un gran cariño; pero los dulces eran el veneno que preparaba con gran cuidado, hasta que al fin fue descubierta, confesando su crimen y diciendo que su fin era acabar con los hombres. Los jueces llamaron a los padres de las víctimas y pidieron que dijeran en qué forma querían ver morir a la Mabre,

*lato sensu*) e indiscutiblemente la ley moral establece la prohibición de matar. El *no matarás* del Decálogo es terminante, imperativo, en su contra no vale argumento alguno; ordena simplemente *no matarás*, en ningún caso, a nadie, ni a ti mismo.

---

resolviéndose entregarla a las fieras; pero no a las fieras que de un zarpazo acabaran con ella, sino a las fieras que poco a poco fueran destrozando su cuerpo. Fue así como la Mabre fue encerrada en una jaula con dieciséis gatos monteses, mientras que bajo la jaula se hacía fuego. Los gatos empezaron por rasguñar a la mujer; pero conforme sentían el calor de la leña que ardía bajo la jaula, enfurecidos se lanzaron sobre ella. Pero la mataban poco a poco, tal y como habían pedido los padres de las criaturas sacrificadas. Dos días duró el festín de los gatos. La mujer vivió para ver cómo había quedado sin piernas y sin brazos, muriendo en medio de los más espantosos sufrimientos, cuando las fieras le arrancaban los ojos, las narices y las orejas.

Enrique IV, que había hecho estudiar a sus jueces otros sistemas para ejecutar a los regicidas, dejó numerosas fórmulas, pero entre ellas las más crueles eran: la de untar de miel el cuerpo del condenado a muerte y llevarlo a algún lugar donde abundaran las moscas. Darle de comer y beber, pero repitiendo siempre los baños de miel, hasta que las moscas logran corroer el cuerpo del infeliz. La de dar baños de aceite hirviendo dos o tres veces al día, hasta que la carne del cuerpo cayera a pedazos, dejando los huesos descarnados. La de arrojar al condenado a muerte a un pantano, donde se hundiera poco a poco y para siempre." (Páginas 110 y ss.)

## XXXII

### LA EXTINCIÓN PENAL

SUMARIO: 1. Extinción de la acción penal y extinción de la pena.—2. Diversos medios extintivos.

1. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y EXTINCIÓN DE LA PENA. La acción penal es la actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva a casos concretos. Según nuestra Constitución, el Ministerio Público es el titular de la acción penal (artículo 21). Al Estado corresponde igualmente, la ejecución de las sanciones impuestas a los infractores. Tanto el ejercicio de la acción penal como la ejecución, pueden extinguirse por diversos medios.

2. DIVERSOS MEDIOS EXTINTIVOS: a) Cumplimiento de la pena. Si el delincuente cumplió la pena señalada, evidentemente el Estado carece ya de interés alguno sobre el particular; luego el cumplimiento constituye, sin duda, una causa extintiva de la sanción.

b) Muerte del delincuente. Tanto la pena como la acción penal se extinguen por muerte del infractor (excepto la pena de reparación del daño y la de decomiso) según dispone el artículo 91 del Código penal del Distrito Federal. En virtud de que nuestra Constitución prohíbe las penas trascendentales, una vez acaecida la muerte del infractor, no es dable sancionar, porque al hacerlo se castigaría, de hecho, a los familiares y por lo mismo se trataría de la imposición de penas prohibidas constitucionalmente.

c) Amnistía. De conformidad con el artículo 92 del Código Penal, la amnistía extingue tanto la acción penal como las

sanciones impuestas (excepto la reparación del daño). Amnistía significa olvido del delito.<sup>1</sup>

La palabra amnistía proviene del griego y significa olvido del delito; mediante ella se dan los hechos por no realizados; por lo mismo no se conserva el registro de los antecedentes de quien se beneficia con dicha institución.

d) *Indulto*. El indulto sólo produce la extinción de la pena.<sup>2</sup> Suele distinguirse el indulto gracioso del necesario. El primero es potestativo para el Ejecutivo; el segundo se concede cuando se concluye que no fue cometido el delito o no lo cometió el sentenciado, o al dictarse una nueva ley que suprima al hecho realizado, el carácter de delito. El indulto no entraña el perdón de la reparación del daño, salvo cuando su concesión se deba a la inocencia del favorecido. El indulto no borra el delito como la amnistía, pero mediante el mismo se hace remisión de la pena judicialmente impuesta. "La amnis-

---

<sup>1</sup> El precepto establece: "Artículo 92. La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola; y si no se expresaren, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del delito."

En el *Diario Oficial* de la Federación del 20 de mayo de 1976, se publicó la Ley de Amnistía para las personas contra las que se ejercitó acción penal por los delitos de sedición e invitación a la rebelión en el fuero federal y por resistencia de particulares, en el fuero común del Distrito Federal; así como delitos conexos con los anteriores, cometidos durante el conflicto estudiantil de 1968. Se establece que tanto el Procurador General de la República como el del Distrito Federal, solicitarán de oficio la aplicación de los beneficios que otorga dicha ley.

<sup>2</sup> "Artículo 94. El indulto no puede concederse, sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable."

"Artículo 95. No podrá concederse de la inhabilitación para ejercer una profesión o alguno de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo, pues estas sanciones sólo se extinguirán por la amnistía o la rehabilitación."

"Artículo 96. Se concederá indulto, cualquiera que sea la sanción impuesta, cuando aparezca que el condenado es inocente."

"Artículo 97. Podrá concederse indulto cuando el reo haya prestado importantes servicios a la nación, tratándose de delitos del orden común, o en el caso a que se refiere el artículo 57. En los delitos políticos queda a la prudencia y discreción del Ejecutivo otorgarlo."

"Artículo 98. El indulto, en ningún caso, extinguirá la obligación de reparar el daño causado, excepto en el caso del artículo 96."

tía hace desaparecer la criminalidad del hecho, el indulto no; en sustancia obra como si la pena se hubiere cumplido.”<sup>3</sup>

e) Perdón y consentimiento del ofendido. El perdón del ofendido por el delito produce, en determinados casos, la extinción del ejercicio de la acción penal y, por excepción, la de la ejecución.<sup>4</sup> Sólo opera esta causal de extinción, tratándose de delitos perseguibles por querrela de parte y si se otorga dicho perdón antes de formular conclusiones el Ministerio Público. El artículo 93 del Código Penal dispone, también, que el perdón debe concederlo el ofendido o su legítimo representante o, en su defecto, un tutor especial designado por el Juez que conozca del caso.

El consentimiento del ofendido a que se refiere el mencionado artículo 93 no es de tomarse en consideración, habida cuenta de que, dada su naturaleza, sólo es operante antes o contemporáneamente a la realización de la conducta y respecto de bienes disponibles, lo cual implica la ausencia de antijuricidad o, en su caso, de tipicidad y, en consecuencia, entraña la imposibilidad de ejercitar la acción penal y con mayor razón de ejecutar pena alguna. Al respecto escribe el profesor Ignacio Villalobos: “El consentimiento del ofendido, que debe ser previo o simultáneo a los hechos, no puede extinguir una acción penal que no ha nacido; elimina la antijuricidad en los casos en que la ley ampara el ejercicio de una libertad... y si los hechos no fueron antijurídicos por mediar ese consentimiento, no hubo delito ni, por consiguiente, acción penal que se pueda extinguir.”<sup>5</sup>

f) Rehabilitación. La rehabilitación no extingue la acción, sólo el derecho de ejecución. Artículo 99 del Código Penal:

<sup>3</sup> GOLDSTEIN, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 304, Omeba, Buenos Aires.

<sup>4</sup> Por excepción, el Código vigente faculta al ofendido por el delito de adulterio, a otorgar el perdón en cualquier tiempo, aún después de pronunciada la sentencia. En este caso el perdón puede extinguir no sólo el derecho de acción, sino también el de ejecución. El artículo 276 establece: “Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables.”

<sup>5</sup> *Derecho Penal Mexicano*, pág. 639, 3ª Ed. Porrúa, 1975.



"La rehabilitación tiene por objeto reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso y en cuyo ejercicio estuviere suspenso."

g) *Prescripción.* La prescripción es un medio extintivo, tanto de la pena cuanto de la acción penal. Opera por el solo transcurso del tiempo.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> "Artículo 100. Por la prescripción se extinguen la acción penal y las sanciones, conforme a los siguientes artículos."

"Artículo 101. La prescripción es personal y para ello bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley. La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuere el estado del proceso."

"Artículo 102. Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado; desde que cesó, si fuere continuo; o desde el día en que hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratase de tentativas."

"Artículo 103. Los términos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquel en que el condenado se substraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones son corporales, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria."

"Artículo 104. La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa. Si el delito mereciere, además de esta sanción, la corporal, o fuere alternativa, se atenderá en todo caso a la prescripción de la pena corporal, y lo mismo se observará cuando corresponda alguna otra sanción accesoria."

"Artículo 105. La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito, pero en ningún caso bajará de tres años."

"Artículo 106. Si el delito sólo mereciese destitución, suspensión, privación de derechos o inhabilitación, la prescripción se consumará en el término de dos años."

"Artículo 107. La acción penal que nazca de un delito, sea o no continuo, que sólo pueda perseguirse por queja de parte, prescribirá en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, independientemente de esta circunstancia. Pero si llenado el requisito inicial de la querella, ya se hubiese deducido la acción ante los tribunales, se observarán las reglas señaladas por la ley para los delitos que se persiguen de oficio."

"Artículo 108. Cuando haya acumulación de delitos, las acciones penales que de ellos resulten se prescribirán separadamente en el término señalado a cada uno."

"Artículo 109. Cuando para deducir una acción penal sea necesario que antes se termine un juicio diverso, civil o criminal, no comenzará a correr la prescripción sino hasta que en el juicio previo se haya pronunciado sentencia irrevocable."

"El transcurso del tiempo tiene fundamentales consecuencias en el ordenamiento jurídico; mediante él pueden adquirirse o perderse derechos. En el ámbito penal, su influencia radica en la conveniencia política de mantener una persecución contra el autor de un delito a través de un lapso cuya duración determinan las leyes minuciosamente.

Con la prescripción, el estado circunscribe su poder de castigar a límites temporales, excedidos los cuales, considera inoperante mantener la situación creada por la violación legal incurrida por el agente.

---

"Artículo 110. La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delinquentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada. Si se dejara de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia."

"Artículo 111. Las prevenciones contenidas en el artículo anterior, no comprenden el caso en que las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción. Entonces ésta no se interrumpirá sino con la aprehensión del inculpado."

"Artículo 112. Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración de alguna autoridad, las gestiones que a ese fin se practiquen, antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirán la prescripción."

"Artículo 113. La sanción pecuniaria prescribirá en un año; las demás sanciones se prescriben por el transcurso de un término igual al que debían durar y una cuarta parte más, pero nunca excederán de quince años."

"Artículo 114. Cuando el reo hubiere extinguido ya una parte de su sanción, se necesitará para la prescripción tanto tiempo como el que falte de la condena y una cuarta parte más de ese tiempo, pero estos dos períodos no excederán de quince años."

"Artículo 115. La prescripción de las sanciones corporales sólo se interrumpe aprehendiendo al reo, aunque la aprehensión se ejecute por otro delito diverso. La prescripción de las pecuniarias sólo se interrumpe por el embargo de bienes para hacerlas efectivas."

"Artículo 116. La privación de derechos civiles o políticos prescribirá en veinte años."

"Artículo 117. Los reos de homicidio intencional o de heridas o violencias graves, a quienes se hubiere impuesto la prohibición de ir a determinado lugar, y cuya sanción corporal haya prescrito, no podrán residir en el lugar donde viva el ofendido o sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos, sino transcurrido, después de consumada la prescripción, un tiempo igual al que debiera durar la sanción."

"Artículo 118. Para la prescripción de las acciones penales, se tendrá como base el término medio aritmético de las sanciones según el delito de que se trate."

La prescripción se puede operar con respecto a la *acción*, es decir, relativa a la persecución del judiciable; y con respecto a la *pena*, en cuanto se busca su efectiva ejecución.

Conviene tener presente que la prescripción hace desaparecer el derecho del Estado para perseguir o para ejecutar la pena, pero no elimina al delito, que queda subsistente, con todos sus elementos, pero sin la consecuencia final de la aplicación de la pena misma. El delito no se extingue; se esfuma en cambio la posibilidad de castigarlo.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> GOLDSTEIN, *Op. cit.*, págs. 397 y ss.

## LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL

### (Parte General)

Primera edición, 1959.  
Segunda edición, 1963.  
Tercera edición, 1965.  
Cuarta edición, 1967.  
Quinta edición, 1969.  
Sexta edición, 1971.  
Séptima edición, 1973.  
Octava edición, 1974.  
Novena edición, 1975.  
Décima edición, 1976.  
Decimoprimera edición, 1977.

El libro "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL" del Profr. Fernando Castellanos Tena, es prueba de la ininterrumpida continuidad del esfuerzo que realizan los juspenalistas mexicanos, para sistematizar científicamente los principios básicos fundadores de la Ley Penal. La Dogmática Penal se ve fortalecida en el meritorio trabajo del Profr. Castellanos, el cual, sin duda, será de utilidad constante para cuantos se ocupan del estudio de nuestra legislación punitiva.

DR. RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO  
Antiguo Profesor Titular de Derecho Penal en la UNAM.

\*

La obra "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL" es un manual excelente, como he visto pocos, para el estudio por los alumnos universitarios de los principios y conocimientos básicos del Derecho Penal, con intachable orientación, escrito con

rara claridad en estos días en los que los autores dan mayor importancia a una exhibición desmedida de la bibliografía, que a la exposición de los fundamentos de la ciencia penal, que Castellanos prueba conocer a fondo.

DR. EUGENIO CUELLO CALÓN  
Catedrático de la Universidad de Madrid.

\*

Una excelente aportación a la enseñanza del Derecho Penal, ha hecho el ameritado jurista Fernando Castellanos Tena con su obra "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL". El autor, dotado de una auténtica vocación de maestro, es uno de los más destacados penalistas mexicanos y ha tenido la oportunidad de aplicar sus vastos conocimientos jurídicos en el ejercicio judicial. Hoy día es, honrosamente, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho  
de la U.N.A.M.

En las páginas de los "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", el joven catedrático don Fernando Castellanos, muestra sintéticamente su cabal conocimiento de la Teoría Jurídica del Delito, y todos los demás temas que el penalista estudia. Por ello el libro ha obtenido el lisonjero éxito de nuevas ediciones, y su autor los elogios más merecidos.

DR. LUIS GARRIDO  
Consejero de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales Ex-Rector de la UNAM. Antiguo Profesor de Derecho Penal.

\*

La obra del señor Lic. Castellanos Tena "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", es fundamentalmente didáctica; tiene el mérito de sintetizar con facilidad los diferentes temas del Derecho Penal; no únicamente es útil para los estudiantes, sino para toda persona que quiera conocer el panorama

de los arduos problemas suscitados por el Derecho Punitivo. La estimo de indispensable consulta para todo estudioso de la materia.

**DR. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE**

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Profesor Titular de las cátedras de Derecho Penal y de Procedimientos Penales de la UNAM.

\*

El libro de Castellanos, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", al cual hacemos referencia en el sexto tomo de nuestro Tratado, es muy estimable aportación para el estudio de los principios básicos de la Ciencia Penal.

**DR. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de Argentina. En otro tiempo profesor de la Universidad de Madrid, etc., etc.

El libro "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL" del Profesor Castellanos, es una obra de gran valor científico y didáctico.

**DR. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**

Catedrático de Derecho Penal de la UNAM.

\*

El trabajo "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", del profesor Fernando Castellanos Tena, decimos en cátedra, constituye una magnífica aportación pedagógica para la enseñanza del Primer Curso. Es un texto elemental que contiene la hondura científica, tan difícil, de una excelente síntesis.

**LIC. ARNULFO MATÍNEZ LAVALLE**

Profesor Titular de Derecho Penal y de Procedimientos Penales en la UNAM. Ex-Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales.

\*

Los "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL" del profesor Castellanos, por la estructura del estudio, por la distribución de la materia, por el método adoptado, constituyen un valioso aporte para el conocimiento de la disciplina y es reco-

mendable como manual de enseñanza del Derecho Penal en sus principios generales básicos. Felicito al profesor Castellanos por su encomiable trabajo, así como también a sus discípulos, que encontrarán en esa obra interesantes resoluciones de los problemas teóricos y discusiones doctrinarias de nuestra Ciencia.

DR. JOSÉ RAFAEL MENDOZA

Rector de la Universidad de Santa María, de Caracas, Venezuela, Antiguo Profesor de Derecho Penal.

\*

El derecho Penal, por obra de quienes piensan que es un asunto de mera técnica jurídica, se ha convertido en un laberinto. Se contempla al delincuente en variadas formas; para unos "el hombre es una fiera a la que la ley impide morder con un fuerte bozal" y para otros "es célula biológica susceptible de readaptación social", provocando la ironía del juicio de los inocentes que hace Papini en su "Gog". Consideran el delito como un mal y la pena como otro mal, aludiendo al ejemplo del homicidio penado con la muerte.

Todos desarrollan sus teorías, hasta los espiritistas. Por eso para transitar dentro del *laberinto* hacía falta un hilo conductor. Este pequeño libro ha logrado serlo, y lo ha conseguido con plenitud, no sólo para los alumnos, sino hasta para algunos penalistas.

Fernando Castellanos, por oposición, profesor universitario de Derecho Penal, técnico con cultura, expositor accesible y ameno, puede sentirse orgulloso de sus "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL".

DR. OCTAVIO VÉJAR VÁZQUEZ

Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho. Ex-Secretario de Educación Pública. Ex-Procurador General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, etc., etc.

# INDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO .....	9

## INTRODUCCIÓN

I. GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES. 1. Del Derecho en General.—2. Necesidad del Derecho Penal.—3. Partes en que se divide el estudio del Derecho Penal.—4. El Derecho Penal.—5. La Denominación.—6. El Derecho Penal y las otras ramas del Derecho.—7. El Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo.—8. El Derecho Penal substantivo y el Derecho Penal adjetivo.—9. Relaciones del Derecho Penal con otras disciplinas jurídicas.—10. Ciencia del Derecho Penal y Dogmática Jurídico-Penal.—11. Las Ciencias Penales .....	17
II. EVOLUCIÓN DE LAS IDEAS PENALES. 1. Períodos que comprende la evolución de las ideas penales.—2. De la venganza privada.—3. De la venganza divina.—4. De la venganza pública.—5. Período humanitario.—6. La etapa científica. ....	31
III. DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO. 1. Importancia del estudio de la historia del Derecho Penal.—2. El Derecho Precortesiano.—3. El pueblo Maya.—4. El Derecho Penal en el pueblo Tarasco.—5. El Derecho Penal entre los Aztecas.—6. El Derecho Penal Colonial.—7. México Independiente.—8. La Codificación Penal .....	39



IV. DE LAS ESCUELAS PENALES. A) De la Escuela Clásica. 1. El pensamiento penal anterior a Carrara.—2. Francisco Carrara.—3. Significado de la expresión "Escuela Clásica".—4. Método de estudio en la Escuela Clásica del Derecho Penal.—5. Concepciones o tendencias comunes dentro de la Escuela Clásica.—6. Noción clásica del delito .....	51
V. DE LAS ESCUELAS PENALES. B) De la Escuela Positiva. 1. Causas que provocaron la aparición y desarrollo del positivismo.—2. El método en el positivismo.—3. Principales exponentes de la escuela positiva del Derecho Penal.—4. Noción del delito natural según Rafael Garófalo. Comentario de Ignacio Villalobos.—5. Notas comunes dentro de la escuela positiva.—6. Breve crítica de la escuela positiva del Derecho Penal .....	61
VI. DE LAS ESCUELAS PENALES. C) Tendencias Eclécticas. 1. La <i>terza scuola</i> .—2. Las doctrinas de Franz Von Liszt.—3. Otras corrientes.—4. La dirección técnico-jurídica .....	69

### TEORÍA DE LA LEY PENAL

VII. DE LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL. 1. De las fuentes del Derecho en general.—2. Las fuentes propias del Derecho Penal.—3. La ley como fuente única.—4. Los dogmas penales.—5. La tipicidad penal.—6. Las fuentes penales en el Derecho positivo mexicano .....	75
VIII. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL. 1. Diversas clases de interpretación.—2. Por su origen o por los sujetos que la realizan.—3. Por los medios o métodos empleados.—4. Por sus resultados.—5. La interpretación en materia penal.—6. La interpretación de la Ley Penal en el Derecho positivo mexicano.—7. La ignorancia de la Ley Penal .....	85

IX.	DE LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.	
	A) Validez de la Ley Penal en cuanto a su materia.	
	1. Cuestiones que comprende el tema relativo a los ámbitos de validez de la Ley Penal.—2. Validez material de la Ley Penal; el reparto de competencias según nuestro sistema constitucional.—3. Derecho Penal mexicano común y federal.—4. Competencias común y federal.—5. Derecho Penal Militar .....	91
X.	DE LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.	
	B) Validez espacial de la Ley Penal. 1. Planteamiento del problema.—2. El Derecho Penal Internacional.—3. Los principios: territorial, personal, real y universal.—4. El territorio del Estado.—5. Territorialidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal mexicano.—6. La extradición.—7. Extradición inter-regional. 8.—Expulsión .....	95
XI.	DE LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.	
	C) Validez temporal de la Ley Penal. 1. Iniciación de la vigencia de la Ley Penal.—2. La retroactividad en materia penal.—3. Derecho mexicano: a) Delitos suprimidos por leyes posteriores; y, b) Modificaciones favorables.—4. Tesis defensistas.—5. La retroactividad en las leyes excepcionales .....	107
XII.	DE LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.	
	D) Validez personal de la Ley Penal. 1. La igualdad ante el Derecho Penal.—2. Inmunidad o fuero; su concepto y la razón de su existencia.—3. El fuero en el Derecho mexicano.—4. Responsabilidad de los funcionarios públicos.—5. La inmunidad diplomática ..	113

## TEORÍA DEL DELITO

XIII.	EL DELITO. 1. Generalidades sobre la definición del delito.—2. El delito en la escuela clásica.—3. Noción sociológica del delito.—4. Concepto jurídico del delito.—5. Noción jurídico-formal.—6. Concepciones sobre el estudio jurídico-substancial del delito.—7.
-------	--

	<u>Pág.</u>
Noción jurídico-substancial.—8. El delito en el Derecho positivo mexicano.—9. Elementos del delito y factores negativos .....	125
 XIV. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS. 1. En función de su gravedad.—2. Según la conducta del agente.—3. Por el resultado.—4. Por el daño que causan.—5. Por su duración.—6. Por el elemento interno o culpabilidad.—7. Delitos simples y complejos.—8. Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes.—9. Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos.—10. Por la forma de su persecución.—11. Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos.—12. Clasificación legal ..	135
 XV. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA. 1. Cuestión previa sobre la denominación.—2. Concepto de conducta.—3. El sujeto de la conducta.—4. El problema de las personas morales.—5. El sujeto pasivo y el ofendido.—6. Objetos del delito.—7. La acción <i>stricto sensu</i> y la omisión.—8. Elementos de la acción <i>stricto sensu</i> .—9. Elementos de la omisión.—10. La causalidad en la acción.—11. La causalidad en la omisión.—12. Lugar y tiempo de comisión del delito.—13. Ausencia de conducta .....	147
 XVI. LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA. 1. Idea general del tipo y de la tipicidad.—2. Definición.—3. Evolución histórica de la tipicidad.—4. Función de la tipicidad.—5. Clasificación de los tipos.—6. Ausencia de tipo y de tipicidad .....	165
 XVII. LA ANTIJURIDICIDAD. 1. Ideas generales.—2. Definición.—3. La antijuridicidad según Carlos Binding.—4. Tesis de Max Ernesto Mayer.—5. Crítica a las doctrinas anteriores.—6. Antijuridicidad formal y material.—7. Ausencia de antijuridicidad .....	175
 XVIII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. (Iniciación). 1. Noción de las causas de justificación.—2. Diferencia con otras eximentes e importancia de la distinción.—	

3. Las excluyentes supraleales.—4. Razón de ser de las causas de justificación .....	181
<b>XIX. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. (Continuación).</b>	
A) Legítima defensa. 1. Noción de la defensa legítima.—2. Fundamentos de la defensa legítima.—3. La legítima defensa en el Derecho positivo mexicano.—4. La defensa del honor.—5. Presunciones de legítima defensa.—6. Exceso en la legítima defensa.—7. Cuadro esquemático.—8. Problemática de la defensa legítima: a) Riña y legítima defensa. b) Legítima defensa contra exceso. c) Legítima defensa recíproca. d) Legítima defensa del inimputable. e) Legítima defensa contra inimputables .....	189
<b>XX. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. (Continuación).</b>	
B) Estado de Necesidad. 1. Noción del estado de necesidad.—2. Diferencias con la defensa legítima.—3. Elementos del estado de necesidad.—4. Casos específicos del estado de necesidad: a) el aborto terapéutico; el aborto terapéutico ante el derecho canónico; b) el robo de famélico; el robo de famélico en el código penal .....	203
<b>XXI. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. (Continuación).</b>	
C) Cumplimiento de un deber, Ejercicio de un Derecho e Impedimento Legítimo. 1. Casos que comprenden las justificantes por derecho o por deber.—2. Homicidio y lesiones en los deportes.—3. Las lesiones inferidas en ejercicio del derecho de corregir.—4. Lesiones consecutivas de tratamientos médico-quirúrgicos.—5. Impedimento legítimo .....	211
<b>XXII. LA IMPUTABILIDAD. 1. Contenido de la culpabilidad.—2. La imputabilidad.—3. La responsabilidad.—4. Fundamentos de la responsabilidad.—5. <i>Actiones liberae in causa</i> .....</b>	<b>217</b>
<b>XXIII. LA INIMPUTABILIDAD. 1. Idea general.—2. Las causas de inimputabilidad.—3. Estados de inconscien-</b>	

	<i>Pág.</i>
cia.—4. Miedo grave.—5. Sordomudes.—6. Los menores ante el Derecho Penal .....	223
XXIV. DE LA CULPABILIDAD. 1. Noción de la culpabilidad.—2. Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad.—3. Formas de la culpabilidad.—4. El dolo.—5. Elementos del dolo.—6. Diversas especies de dolo.—7. El dolo en el derecho mexicano .....	231
XXV. DE LA CULPABILIDAD. (Continuación). LA CULPA Y EL CASO. 1. La culpa como segunda forma de la culpabilidad.—2. Noción de la culpa.—3. Elementos de la culpa.—4. Diversas clases de culpa.—5. Distinción entre culpa consciente y dolo eventual.—6. Fundamento de la punibilidad de los delitos culposos.—7. La culpa en el Derecho mexicano.—8. El caso fortuito.	245
XXVI. LA INCULPABILIDAD. 1. La inculpabilidad; noción.—2. Las causas de inculpabilidad.—3. El error y la ignorancia.—4. El error accidental.—5. La obediencia jerárquica.—6. Las eximentes putativas.—7. Legítima defensa putativa.—8. Legítima defensa putativa recíproca.—9. Legítima defensa real contra la putativa.—10. Delito putativo y legítima defensa putativa.—11. Estado necesario putativo.—12. Deber y Derecho legales putativos.—13. La no exigibilidad de otra conducta.—14. El temor fundado.—15. Encubrimiento de parientes y allegados.—16. Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad .....	253
XXVII. LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA. 1. Noción de la punibilidad.—2. El problema de la punibilidad como elemento del delito.—3. Breve referencia a la condicionalidad objetiva.—4. Ausencia de punibilidad (excusas absolutorias).—5. Algunas especies de excusas absolutorias .....	267
XXVIII. LA VIDA DEL DELITO. ( <i>Iter Criminis</i> ). 1. Explicación de la frase " <i>Iter Criminis</i> ".—2. Fases del <i>Iter Criminis</i> .—3. Fase interna.—4. Fase externa.—5.	

La tentativa.—6. Punibilidad en la tentativa.—7. Diversas formas de tentativa. Delito imposible ..... 275

XXIX. PARTICIPACIÓN. 1. Concepto de participación.—2. Naturaleza de la participación.—3. Grados de participación.—4. El encubrimiento.—5. Reglas especiales de participación.—6. Asociación delictuosa y pandillismo.—7. Muchedumbres delincuentes ..... 283

XXX. EL CONCURSO DE DELITOS. 1. Ideas generales; noción.—2. Unidad de acción y de resultados.—3. Unidad de acción y pluralidad de resultados.—4. Pluralidad de acciones y unidad de resultado.—5. Pluralidad de acciones y de resultado.—6. Acumulación.—7. Concurso aparente de leyes.—8. Reincidencia.—9. Habitualidad.—10. Identificación ..... 295

# TEORÍA DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

XXXI. LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. 1. Penología.—2. Noción de la pena.—3. Fundamentos de la pena.—4. Fines y caracteres de la pena.—5. Clasificación.—6. Las medidas de seguridad.—7. Individualización de la pena.—8. La condena condicional.—9. La libertad preparatoria.—10. Breve referencia a la pena de muerte ..... 305

XXXII. LA EXTINCIÓN PENAL. 1. Extinción de la acción penal y extinción de la pena.—2. Diversos medios extintivos ..... 321

OPINIONES SOBRE LA OBRA ..... 327

SE ACABÓ DE IMPRIMIR ESTE LIBRO  
EL DÍA 31 DE OCTUBRE DE 1977, EN LOS TALLERES DE

OFFSET UNIVERSAL, S. A.  
*Av. Año de Juárez, 177, Granjas San Antonio*  
*México 13, D. F.*

LA EDICIÓN CONSTA DE 5,000 EJEMPLARES  
MÁS SOBRANTES PARA REPOSICIÓN.