

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DEL DELITO

a. *Introducción*

A pesar de los diversos y numerosos esfuerzos realizados por los tratadistas para encontrar un concepto de delito con validez universal, este propósito no ha sido alcanzado, pues cada una de las nociones propuestas han sido superadas fundamentalmente por los nuevos criterios propuestos con motivo de la evolución de los pueblos; por eso, después de haber enunciado en el inciso correspondiente algunas de las múltiples concepciones de delito y desde los diversos puntos de vista considerados por los autores, elaboramos uno con los elementos constantes, pues la noción de delito debe obtenerse a partir de sus elementos esenciales, sin olvidar la necesidad de su concurrencia conjunta, es decir, no pueden existir separadamente.

Las diversas definiciones de los tratadistas no coinciden en los elementos cuya concurrencia se estima necesaria para integrarlo; ya en páginas anteriores notamos la discrepancia de los autores en el concepto del ilícito penal, deduciéndose la oposición entre los estudiosos de derecho sobre el número de elementos integrantes del delito, algunos insertan tres, otros incluyen cuatro y otros hasta siete ingredientes indispensables para estructurar la infracción penal; la mayoría de los tratadistas lo estiman como la conducta típica, antijurídica y culpable, por considerar a éstos como los verdaderos elementos necesarios.

Así, pues, cuatro son los elementos que se afirman como esenciales del delito; a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; además, y como dato complementario, insertamos el esquema propuesto por Jiménez de Asúa, en donde hace figurar siguiendo el método aristotélico de *sic et non*, tanto los factores positivos como los negativos. Este autor dice:

Intentaremos complementar la doctrina de Guillermo Sauer, filósofo jurista alemán, diciendo cada ausencia de los requisitos del delito creando un instituto jurídico-penal de importancia superlativa:

ASPECTOS POSITIVOS

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad objetiva
- g) Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- a) Falta de acción
- b) Ausencia de tipo
- c) Causas de justificación
- d) Causas de inimputabilidad
- e) Causas de inculpabilidad
- f) Falta de condición objetiva
- g) Excusas absolutorias.³³

La conducta es la célula misma del delito y algunos autores, como Maurach, la llaman *conditio sine qua non* para su existencia, concluyendo, si no hay acción humana no habrá delito y resultaría absurdo pretender estudiar sus demás elementos esenciales. Todo delito es obrar humano voluntario.

b. *Conducta*

Respecto del primer llamado elemento, comúnmente conocido como conducta, se usan distintas denominaciones, y hemos visto cómo Jiménez de Asúa la llama "actividad"; nosotros preferimos llamarla "conducta", afiliándonos a la postura de Porte Petit, por ser comprensiva tanto de la actividad como de la inactividad, pues el término actividad no abarca la omisión; el propio Porte Petit incluye, además, el término "hecho" cuando el tipo describe un resultado material ligado a la conducta por un nexo causal.

Creemos importante aclarar cómo el derecho penal al tratar de conducta se refiere al comportamiento humano, pues existe franca distinción entre conducta y comportamiento de los animales y de los hechos producidos por la naturaleza. Por conducta, entendemos el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, la acción *strictu sensu*, es una actividad o hacer voluntario, un movimiento del organismo del hombre capaz de ser percibido por los sentidos; la omisión radica en una abstención, en dejar de hacer o en una actividad voluntaria, ambos conceptos con relevancia jurídica. En el pensamiento de Maurach, la conducta corresponde a un movimiento manifestado externamente alterando el mundo a su alrededor. Al hablar de la omisión presenta en algunos tratadistas el no hacer un

³³ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Buenos Aires, E. Sudamericana, 1967.

acto cuando el derecho quiere se realice; a su vez la omisión suele calificarse en omisión simple y en comisión por omisión, estos últimos llamados de omisión impropia, violan por una parte un mandamiento preceptivo, el que ordena cierto comportamiento activo, a su vez generador de una violación a una norma prohibitiva (la madre tiene la obligación legal de garantizar el interés jurídico, la vida, amamantando a su hijo, y si como consecuencia del incumplimiento de este deber le provoca su muerte, estaremos en un caso de comisión por omisión). Según Eusebio Gómez, delitos de omisión "son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto y de un precepto obligatorio".³⁴

El comportamiento humano debe ir siempre y necesariamente acompañado del elemento psíquico para integrar el elemento conducta, siendo precisamente la distinción con otro comportamiento del mismo hombre relevante para el derecho penal, también distinción con los comportamientos del animal y de los acontecimientos de la naturaleza. El hombre tiene facultades intelectuales en virtud de las cuales tiene conocimiento y realiza sus actos en la búsqueda de sus fines: cuando para alcanzar una meta fijada realiza un comportamiento sin participar el elemento psíquico, la voluntad, no habrá acción criminal, aun cuando se lesione un bien jurídico, la conducta debemos de entenderla como un comportamiento querido, como una representación impulsora del sujeto para actuar o para abstenerse, por lo tanto, cuando hablemos de conducta estaremos refiriéndonos a la voluntad, ya nos los dice acertadamente Franco Guzmán: "Los actos van del propio sujeto en un orden psicológico; en síntesis, el elemento psíquico liga a la persona con un acto".³⁵

Habrá acto involuntario cuando no exista ninguna relación entre los elementos objetivo y volitivo de la conducta; al hablar de ausencia de conducta, indudablemente podemos hablar de falta de delito; ya anteriormente dijimos, sin voluntad no hay conducta. La eliminación del elemento subjetivo del delito opera cuando el sujeto actúa sin el querer, es decir, cuando el acto es involuntario; Maggiore afirma, la ausencia de conducta cuando el comportamiento es producto de un acto reflejo, de los actos instintivos o de los actos automáticos; los primeros serán aquellos movimientos orgánicos donde no interviene la voluntad del hombre, por no participar el elemento psíquico y volitivo ya mencionado, por lo tanto, no estarán sometidos al derecho penal; en cambio,

³⁴ Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1939, t.I.

³⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*

los actos instintivos aparecen con la vida, son actos carentes también de voluntad, se ejecutan sin necesidad de una experiencia propia o un ejercicio interesado; como ejemplo nos habla del instinto sexual, así como del de conservación; serán automáticos aquellos realizados en forma involuntaria (el andar, el manejar automóviles, el dirigir máquinas complicadas), actos repetidos por el hombre cientos de veces fuera de la conciencia, independientemente de que en su origen y durante las mismas experiencias hayan sido realizados con plena voluntad, tan sólo su repetición los convierte en hábitos.

Nuestros autores consideran causas de ausencia de conducta a la fuerza exterior irresistible (*vis absoluta*), a la fuerza mayor (*vis mayor*), a los actos reflejos y a los movimientos instintivos; algunos especialistas agregan como causas impeditivas de conducta al sueño, el hipnotismo y al sonambulismo, mientras otros los consideran como causas de inimputabilidad. El Código del Distrito se refiere a la “*vis absoluta*” en su artículo 15, fracción I; textualmente dice: “Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior e irresistible”, ésta se le ha considerado como la aplicación de una fuerza de hecho al individuo y quien es violentado materialmente: Pacheco dice: “quien es víctima de lo referido anteriormente es tan inocente como la espada misma del asesino”.³⁶

Cuando no hay voluntad existirá invariablemente una ausencia de conducta aunque haya comportamiento; el hombre obligado por una fuerza física exterior e irresistible, no realiza un acto propio en sentido jurídico cuando es obligado materialmente por otro a realizar el comportamiento; no se habla de fuerza psicológica, pues en estos casos el individuo tiene voluntad, aunque viciada, al estar realizando un acto personal aunque bajo la coacción psicológica o moral.

Como Porte Petit menciona al hecho dentro del elemento objetivo, cuando los tipos describen no una conducta sino un resultado, es necesario estudiar, aun cuando sea en forma somera, la relación entre éste y la propia conducta, es decir, el nexo causal, no sin antes advertir nuestra convicción de que este estudio no comprende el estudio del elemento objetivo sino de tipo; algunos autores dividen a este tópico desde dos puntos de vista o corrientes: la causalista y la finalista.

Porte Petit afirma: “Consiste en un nexo entre un elemento del propio hecho (conducta, que puede producir un cambio en el mundo exterior) y una consecuencia de la misma (resultado material). Cuando

³⁶ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

se suprime la conducta y no se produce el resultado no habrá nexo causal.”³⁷

Castellanos Tena considera a la culpabilidad como:

El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto; siendo válido para la culpabilidad a título doloso y culposo por lo que nos parece que siguen tanto una corriente causalista como una corriente finalista al considerar que debe existir una relación causal y también al considerar el elemento volitivo como encaminador de un propósito determinado.³⁸

Maurach, al referirse al nexo causal, dice:

La acción está comprendida por la voluntad y la manifestación de ésta, el resultado como culminación del tipo creado por el legislador se encuentran dentro de la estructura del delito; de ello que para poder hablar de delito tipicamente consumado deberá de haber entre la acción y el resultado una linea de conexión que muestre la causación del resultado típico, precisamente por la actuación de la voluntad —a esa unión le llama este autor “vínculo gnoseológico”—. El concepto de la causa jurídico-penal no pertenece ni a la filosofía general ni a la ciencia de la naturaleza. El concepto causal en sentido filosófico no puede ser utilizado (en contraste a lo que ocurre, por ejemplo, en la investigación criminológica) para las necesidades prácticas del derecho penal, ya que, conforme a su esencia, no puede limitarse al único punto de partida de la causalidad, interesante para el derecho penal, a saber, a la coherente actuación volitiva del autor.³⁹

Más adelante, Porte Petit nos dice:

La relación de causalidad es el nexo existente entre un elemento del hecho y una consecuencia del mismo hecho, recordemos la consideración de este autor, para él la conducta es un hecho, por ello el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito independientemente de cualquier otra consideración. Para ser sujeto responsable no basta el nexo naturalístico, es decir, la existencia de una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además comprobar la relación psicológica entre el resultado y el sujeto.⁴⁰

³⁷ Porte Petit, Celestino, *op. cit.*

³⁸ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

³⁹ Maurach, Reinhart, *op. cit.*

⁴⁰ Porte Petit, Celestino, *op. cit.*

Villalobos escribe:

La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandamientos y prohibiciones que tienden a constituirle 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.⁴¹

Castellanos Tena afirma: "Es un serio problema el determinar cuáles actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado."⁴² Existen diferentes estudios de los tratadistas: la teoría de la equivalencia o *conditio sine qua non*, cuyo autor es Von Buri; la de la condición más eficaz es de Birkmeyer y la elaborada por Manzini y Stoppato, llamada "teoría de la causa eficiente".

c. Tipicidad

Al estudiar la tipicidad, no debemos confundirla con el tipo; existe entre ellos una clara diferencia, el tipo es la descripción de una conducta delictiva contenida en la ley, es la concepción legal de un comportamiento reputado como delictuoso, en cambio, la tipicidad es el juicio por el cual se infiere la adecuación de la conducta al tipo, éste, afirma Jiménez Huerta, "es el injusto recogido y escrito en la ley penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entre en función";⁴³ Pavón Vasconcelos estima al tipo como: "La descripción completa hecha por la ley de una conducta y en ocasiones se suman el resultado, refutada como delictuosa al asociarse en ella una sanción penal";⁴⁴ en cambio Welzel, siempre lacónico en la expresión de sus ideas, define al tipo como... "lo injusto penal descrito de acuerdo con las características típicas"⁴⁵ la tipicidad es ingrediente esencial del delito porque éste es el resultado de una valoración jurídica realizada por el juez sin la cual no se configura. Nuestra Constitución federal tiene esta disposición en su artículo 14, al decirnos:

⁴¹ Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1960.

⁴² Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

⁴³ Jiménez Huerta, Mariano, *La tipicidad*, México, Porrúa, 1955.

⁴⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*

⁴⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*

"En los juicios de 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 trate."

Algunos autores consideran como otras hipótesis de atipicidad la ausencia de tipo; por nuestra parte, aceptamos la afirmación de Castellanos Tena, quien considera a la ausencia de un elemento o elementos del tipo como verdaderas ausencias de tipo.

En todo caso, la configuración del ilícito penal es imposible cuando la conducta realizada no encuadra en la hipótesis legislativa, es decir, estaremos en presencia del aspecto negativo de la tipicidad.

También la teoría pura del derecho entiende a la tipicidad como la adecuación del hecho a la descripción legal, no admite el concepto de antijuricidad, por considerar que con la dicha adecuación se manifiesta claramente la existencia de la antijuricidad.

Porte Petit nos da a conocer la fórmula donde se resume la ausencia de tipo: *Nullum crimen sine tipo*; ⁴⁰ la atipicidad ya lo dijimos, es la no adecuación de la conducta con la hipótesis de la norma. Podemos señalar como hipótesis:

- a) Si no se emplean los elementos específicamente requeridos.
- b) Por falta del número o las calidades requeridas por la ley en los sujetos activo o pasivo, o en ambos,
- c) Ausencia de los objetos jurídico o material,
- d) Inexistencia de las referencias especiales o temporales.

La antijuricidad es estudiada como la violación al derecho y como elemento del delito, podemos decir: es una contradicción al total ordenamiento positivo; una conducta puede ser típica y, a la vez, no contraria al derecho, como el homicidio cuando ocurre una causa de justificación.

d. *Antijuricidad*

La antijuricidad, hemos dicho, es un elemento del delito y entiéndese por ella a la conducta adecuada a un tipo penal, cuando no existe causa de justificación.

Sebastián Soler apunta:

No basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de

⁴⁰ Porte Petit, Celestino, *op. cit.*

adecuación externa, constituye una violación del derecho, estudiado en su totalidad como organismo unitario; también Carrara nos da su punto de vista al analizar desde la adecuación y contradicción al decirnos: 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.⁴⁷

Existe una causa de justificación, aun cuando la acción sea típica estaremos ante la imposibilidad de integrar un delito. Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo del elemento antijuricidad y son condiciones cuya presencia extermina totalmente a una conducta típica frente a la ley. La ausencia de antijuricidad impide valorar una conducta como delito.

Se considera como principio rector de las causas de justificación al interés preponderante, cuando surge la imposibilidad de proteger bienes jurídicos en conflicto autorizando la lesión de uno para la conservación del de mayor valía; como causas de justificación encontramos en nuestro Código penal de 1931 para el distrito y territorios federales:

- a) Legítima defensa (fracción III);
- b) Estado de necesidad (parte final del primer párrafo de la fracción IV);
- c) Cumplimiento de un deber (fracción V);
- d) Ejercicio de un derecho (fracción V);
- e) Obediencia jerárquica (fracción VII);
- f) Impedimento legítimo.

e. *Culpabilidad*

El delito ha sido definido de muy diversas maneras por los autores, unos tomando en consideración primordialmente la violación de un deber o un derecho, otros la violación de los sentimientos morales, leyes y gentes en una época y lugar determinados o tan sólo de los sentimientos de piedad, en fin, considerándolo como un acto lesionador de las formas fundamentales de coexistencia social.

Al hablar de las nociones del delito apuntamos la posibilidad de extraer de ellas los elementos del ilícito penal para formular una definición con validez universal, llegando a considerar a la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, como tales.

⁴⁷ Soler, Sebastián, *op. cit.*

Ahora, estudiaremos este último, cuya concurrencia es obligatoria, pues sin culpabilidad no se integrará tampoco el delito.

Previamente, dejaremos sentada nuestra convicción de que ese elemento tiene como presupuesto a la imputabilidad, es decir, la capacidad del ser humano para orientar —elemento volitivo— su comportamiento hacia la realización de ciertos resultados y de entender —elemento intelectual— la licitud o ilicitud de ambos.

El contenido de nuestro concepto deriva de las ideas de Castellanos Tena:

La capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales del autor, en el momento del acto típico penal que lo capacita para responder de él mismo. Constituyen la imputabilidad eximiendo como base de la culpabilidad. La imputabilidad es un presupuesto necesario de la culpabilidad.⁴⁸

Así como Carrancá y Trujillo:

Será imputable todo aquel que posea el tiempo de la acción, las condiciones típicas exigidas, abstracta e indeterminantemente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a la exigencia de la vida en la sociedad humana.⁴⁹

Existen dos criterios seguidos por la mayoría de los autores al hablar de culpabilidad; unos, los psicólogistas, la conciben como un vínculo entre la voluntad y el resultado; así, Porte Petit define a la culpabilidad: "Como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto";⁵⁰ y Castellanos Tena como: "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".⁵¹ Otros, los normativistas, como un juicio de reproche, Jiménez de Asúa dice: "En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."⁵² Villalobos:

La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden

⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

⁴⁹ Carrancá Trujillo, *Derecho penal mexicano*, 1955, t. I.

⁵⁰ Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

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.⁵³

Soler:

El individuo es culpable, y el derecho valora como algo ilícito del hecho que cometió, siempre y cuando dicho autor sea capaz. Conocedor en concreto del significado de su acción como negación, concreta también, de ese valor: frente al valor contenido en el derecho, el individuo afirma un disvalor en un acto de menoscabo, requerido al bien que sacrifica.⁵⁴

Al derecho sólo le importa la conducta, fue una afirmación hecha por nosotros antes de ahora, pues se estima como limitación a la amplia posibilidad formal para determinar un hecho condicionante como acto contrario a los bienes jurídicos, entonces, sólo el hombre puede ser autor de ellos y sujeto de la pena. Aquí observamos la referencia causal entre el acto condicionante y el individuo, es un acto de justicia el imputar por el órgano competente el acto ilícito precisamente al autor de los actos constitutivos del hecho condicionante y no a otro diferente de éste, para imponerle la pena correlativa. Al pensar en éste encontramos los límites de la imputación penal, sólo debe existir responsabilidad por el acto de cada uno.

Es de vital importancia asegurar la función del derecho penal, pues se debe identificar plenamente al causante del delito con el sujeto de la imputación, el uno y el otro deben aparecer como responsables del acto penado por el derecho. Así, en un hombre sobre el cual recayó una sanción, lo encontramos como causante de un delito y, por lo mismo, deberá sufrir la pena correspondiente; esto no sucederá si concurre una causa de inculpabilidad, pues esto impedirá la integración del delito, entonces, la pena sólo se deberá imponer a quienes lesionaron un bien jurídico.

Para establecer la naturaleza jurídica de la culpabilidad, antes dijimos, existen dos doctrinas: la normativista y la psicologista.

El sistema normativo o normativista ve una situación de hecho valorable conforme a la ley y no la afirmación de una situación de hecho

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1953, t. II.

psicológico, sino la existencia de un comportamiento voluntario ético-social de los individuos, así, a los incapacitados no se les puede exigir ese comportamiento, conforme a derecho.

Esta teoría basa a la culpabilidad en el juicio de reproche a un acto de un hombre capacitado para cumplir con determinado deber. Esta corriente no tiene su esencia en la voluntad, como lo afirman los psicólogos, sino en la exigibilidad de un determinado comportamiento evitable; la culpabilidad existe y, por ende, la reprochabilidad cuando un individuo pudo cumplir y obrar conforme al ordenamiento.

Edmundo Mezger dice: "La culpabilidad en el sentido jurídico penal existe y existe en tanto, con arreglo a las totales circunstancias externas e internas de cada caso, se puede conectar al juicio acerca del hecho antijurídico, el reproche que se hubiera podido actuar de otra manera."⁵⁵

La concepción normativa, según Carvallo, individualiza dos momentos interesantes que la concepción psicológica descuida porque por un lado revela la extensión de la culpabilidad, que no se refiere solamente a la dirección de la conciencia y voluntad hacia el resultado, sino que alcanza hasta la relación de éste con la norma y, por otro lado, capta el contraste real o posible con respecto a la norma en la conciencia de la gente, y de aquí la posibilidad de la gente para conocer que no debe dirigir su actividad a realizar el resultado; de donde en la conciencia de la ilicitud de aquella actitud psicológica y de reprochabilidad, se encuentra la verdadera esencia de la culpabilidad.⁵⁶

La tesis normativista se amplia cuando Mezger dice:

Puede parecer extraño al mismo tiempo la idea de que la culpabilidad de un hombre no deba radicar en su propia cabeza, sino en las cabezas de otros, pero hay que fijar bien la atención en esto: el juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica típica, la ha cometido también culpablemente, se conecta en verdad en una determinada situación de hecho que yace en el sujeto, pero valoriza esta situación considerándola como un proceso reprochable de la gente. Sólo mediante este juicio valorativo del que juzga, se eleva la realidad del hecho psicólogo al concepto de culpabilidad. El juicio de culpabilidad es ciertamente un juicio de referencia, pero tal referencia de una determinada situación de hecho no agota su

⁵⁵ Derecho penal, Buenos Aires, 1958.

⁵⁶ Porte Petit, Celestino, *Elemento subjetivo del delito. La culpabilidad.*

naturaleza esencial propia y sólo en virtud de una valoración se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por lo tanto, sólo la situación de hecho de la culpabilidad, sino como un sujeto de reproche de la misma; en una palabra, culpabilidad es reprochabilidad.⁵⁷

El psicologismo concibe la culpabilidad tomando como base el nexo causal, es decir, la relación media entre el hecho y el sujeto. Es una situación de hecho predominantemente psicológica, otorgando importancia relevante a la intención del hombre; requiere previamente el análisis de la condición interna del infractor para conocer la situación psicológica presente en el momento de ejecutar el acto delictivo; aquí vemos claramente el presupuesto de la culpabilidad, la imputabilidad.

La conducta del agente esté estrechamente vinculada con los motivos internos del mismo, es una situación netamente psicológica. Castellanos Tena, citando a Fernández Doblado respecto a la teoría psicologista, expresa:

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 su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.⁵⁸

Antolsei expresa que "la culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el agente y el acto exterior."⁵⁹

Soler dice:

El individuo es culpable si el derecho valora como algo ilícito el hecho cometido, si dicho autor es capaz, conocedor en concreto del significado de su acción como negación, concreto también de ese valor; frente al valor contenido en el derecho el individuo afirma un disvalor en un acto de menoscabo, referido al fin que sacrifica.⁶⁰

Fontan Balestra: "Es la relación psicológica entre el autor y su hecho; su posición psicológica a él."⁶¹

⁵⁷ *Tratado de derecho penal*, 2a. ed. alemana.

⁵⁸ Castellanos, Fernando, *op. cit.*

⁵⁹ *Manuale di Diritto Penale*, Milán, 1957.

⁶⁰ *Derecho penal argentino*, TEA, 1953, t. II.

⁶¹ *El elemento subjetivo del delito*, De Palma, 1957.

Castellanos Tena afirma:

La culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad, ya supuesta, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado por el autor —continúa diciendo— el estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en el concepto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.⁶²

Vimos a la culpabilidad como elemento constitutivo del delito, a las teorías que pretenden explicarla y a la imputabilidad como su presupuesto; ahora, haremos referencia al pensamiento de algunos autores, quienes hablan de dos grados de culpabilidad o, mejor dicho, formas de presentación de la misma, partiendo de la intención y del conocimiento del agente en la realización de un resultado típico y antijurídico; así como de la preterintención considerada por algunos autores como otro grado o forma, sin olvidar que su admisión se encuentra muy discutida en la doctrina; sin embargo, lo analizaremos con el objeto de ampliar los aspectos en donde se pretende ubicar la culpabilidad.

El dolo se considera como la forma más importante de la culpabilidad en virtud de ser considerado de mayor jerarquía. Jiménez de Asúa así lo afirma al decir: "Dolo es el paradigma del elemento subjetivo de la especie principal de la culpabilidad,⁶³ Porte Petit manifiesta que: "A virtud de contenido de nuestra legislación penal, artículo 9 del Código para el Distrito, la mayoría de los problemas se resuelven bajo la pregunta intención delictuosa",⁶⁴ planteamiento de donde surgen los grandes problemas respecto a la culpa y quienes se han adentrado en su estudio, no obstante lo agudo y profundo de sus investigaciones para lograr fijar su contenido, no lo han logrado.

En Roma aparece la expresión *dolus*, considerada como todo engaño artificioso al contrario de *vis*, pues ésta indicaba violencia. Existe el *dolus malus* (injusto delictuosamente maligno) y el *dolus bonus* (injusto civil no malicioso). Al ir evolucionando el derecho, se consideró al *dolus malus* como toda intención encaminada a un hecho delictivo, pero aun cuando se había presentado esa transformación seguía dentro del

⁶² Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

⁶³ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Edit. Sudamericana, 1967.

⁶⁴ Porte Petit, Celestino, *op. cit.*

derecho civil sin penetrar al derecho penal; sin embargo, se considera al *dolus malus* del derecho privado romano como origen de la noción del dolo ya dentro de la rama penal; posteriormente se transforma, se acrecienta y se define en un concepto netamente penal. En la antigua definición de homicidio del derecho romano se ve claramente la importancia de la voluntad, ya que se exigía el dolo como elemento esencial, veamos: *siqui liberun hominen dolo sciens morti dult parricida est* (si alguno con dolo y a sabiendas da muerte a un hombre libre, sea tenido como parricida).

Antes de expresar nuestra posición, creemos necesario citar algunas definiciones de diversos autores para percarnos de los diferentes criterios existentes al respecto. Eugenio Cuello Calón define el dolo como... "la voluntad consciente, dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito".⁶⁵ Maggiore dice: "se toma la forma de dolo cuando existe una rebelión intencional y voluntaria al ordenamiento jurídico".⁶⁶ Carrara habla de dos elementos esenciales para definir al delito: la conciencia y la voluntad; de ello este tratadista nos da la noción de dolo y afirma: "dolo es la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley".⁶⁷

Luis Jiménez de Asúa considera la aparición de dolo cuando:

se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.⁶⁸

En las definiciones anteriores observamos con toda claridad su semejanza, todos los tratadistas concuerdan en la intención, en la concurrencia de la voluntad como elemento vital del dolo, algunos expresándolo tan sólo como voluntad, otros como conciencia, otros en representación o en intención, etcétera.

Dentro de la diversidad de clasificaciones de los delitos, existe una tomando en cuenta el dolo; así, en cuanto a su nacimiento, su inicial o precedente y en subsiguiente; en cuanto a su extensión en determinado

⁶⁵ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, 1961, t. I.

⁶⁶ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal*, Bogotá, 1954, vol. I.

⁶⁷ Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*.

⁶⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*

e indeterminado; en cuanto a la modalidad de la dirección en: directo, eventual y de consecuencia necesaria; respecto a su intensidad en genérico y específico; en cuanto a su duración se habla de: impetuoso, simple y de propósito; en cuanto a su contenido de daño y peligro; en razón de su categoría lo han dividido en: principal y accesorio; por último, en razón de su realización lo dividen en real y posible.

Si partimos de un planteamiento conciso y lógico, como lo hicimos al clasificar los delitos, dividiremos el dolo en directo e indirecto. Entendemos como delito a aquella orientación de la voluntad del agente cuando prevé un resultado ilícito y encamina su acción u omisión a la realización del mismo. Dolo indirecto cuando el agente encuentra posible la realización de un resultado ilícito como consecuencia de su actividad u omisión, lo cual le es indiferente, lo acepta y en esta situación realiza dicha conducta.

Repetimos, en la integración del dolo los autores no difieren, establecen los mismos elementos, aun cuando les den denominaciones diversas, siendo el intelectual y el volitivo; intelectual cuando existen en el conocimiento del agente la idea de ilicitud de determinada conducta; volitivo en cuanto que habiendo representación de los hechos y conocimiento de su significado, el sujeto realiza la conducta necesaria para producir un resultado ilícito. Los dos elementos, intelectual y volitivo, son vitales para determinar y calificar una conducta como dolosa.

Analicemos a la luz de la doctrina la institución de la culpa, objeto de grandes polémicas y creemos aún no se ha justificado su naturaleza; Jiménez de Asúa así lo considera cuando dice: "Así como la figura técnica del dolo nadie la discute como entidad punible, la culpa, en cambio, es uno de los más debatidos del derecho penal."⁶⁹

Vimos cómo el dolo nace del derecho privado romano, para después insertarse en el derecho penal; en cambio, respecto a la culpa, no hay precisión si su nacimiento y derivación existieron en las mismas formas que en el derecho civil romano, considerada como un hecho de resultado imprevisto y previsible; algunos autores como Manzini consideran su existencia después de Adriano, siendo conocida la culpa en el homicidio y desapareciendo en tiempos de Justiniano.

Jiménez de Asúa define a la culpa diciendo:

Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando han

⁶⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *op cit.*

faltado al autor la presentación del resultado que se prevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor.⁷⁰

Pavón Vasconcelos, tomando en cuenta la relación de sus elementos, define a la culpa como: "Aquel resultado típico y antijurídico, no querido, no aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres."⁷¹

Fernando Castellanos Tena dice: "Culpa es cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego la cautela o precauciones legalmente exigidas".⁷²

Así, la culpa se presenta a primera impresión como la configuración no deseada del supuesto penal, aquí también ha existido como en el delito doloso la lesión al bien jurídico establecido por una norma como supuesto condicionante de la persona, en tono de diferenciación se advierte cómo el delito culposo ha de ser necesariamente una alteración dañosa, desde luego, cuando el resultado no ha sido deseado por el autor y sin embargo sobre él deberá recaer la sanción.

Los autores hablan de culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación; todos realizan esta clasificación aun cuando utilizan diferente terminología, como Castellanos Tena al llamar culpa con previsión y culpa sin previsión. La primera, o sea, la consciente, se da... "cuando el agente ha previsto el resultado como posible pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá".⁷³ Culpa inconsciente será... "cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable".⁷⁴

Para estudiar la culpa han existido muchas teorías; de las más relevantes y opuestas están la teoría de la previsibilidad y la teoría de la causalidad voluntaria eficiente.

La teoría de la previsibilidad es la predominante tanto en la doctrina del derecho penal como en los códigos vigentes y en la jurisprudencia,

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*

⁷² Castellanos, Fernando, *op. cit.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*

fue iniciada por los juristas Carrara, Pessina, Carmignano; esta teoría llamada también teoría clásica, establece la noción de culpa en la previsibilidad del resultado dañoso, esta falta de previsión ha sido comprendida de diferentes maneras: como defecto de la inteligencia del autor, como defecto de la voluntad o como defecto de ambos. Esta teoría determina como elementos para la integración de la culpa a la voluntariedad del acto y a la previsibilidad del resultado.

La segunda, o sea, la teoría de la causalidad voluntaria eficiente, rechaza en forma energética el criterio de la previsibilidad por estimarlo empírico, Stoppato formuló una teoría en oposición a la clásica, también para explicar y determinar el concepto de culpa.

Esta teoría integra la culpa con dos elementos: la voluntaria causalidad eficiente del resultado, diciendo, el hombre debe responder por el solo hecho de vivir en sociedad de todo aquello que es voluntaria causa y ofende al derecho; el segundo elemento es el empleo de medios antijurídicos, respecto de los cuales se dice: el hombre no sólo está obligado a no violar el derecho, sino a cumplir con su deber al llegar a tratar de obtener un fin lícito.

La preterintencionalidad se presenta cuando un agente realiza una conducta y todos sus actos están encaminados a la producción de un hecho contrario a la ley; pero éste resulta mayor al querido. Los autores piensan que existe una mezcla de dolo y culpa, dolo por la intención de producir determinado resultado y culpa por el resultado final no querido, de cualquier forma, nuestra legislación sanciona como conducta dolosa.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, es decir, cuando no se puede presentar el juicio de reproche, hay ausencia de culpabilidad cuando existe una causa extermindadora de los elementos volitivo o intelectual; las causas de inculpabilidad son el error de hecho esencial e invencible, así como la no exigibilidad de otra conducta.

El caso fortuito también es eliminador del elemento intelectual y al realizar esta función, estará realizando una actividad propia de las causas de ausencia de culpabilidad; el caso fortuito está establecido en el artículo 15, fracción X de nuestro Código penal vigente para el Distrito, que a la letra dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: ... X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas."

Al hablar de punibilidad, nos encontramos con uno de los problemas más debatidos en el campo de la doctrina penal; éste estriba en la de-

terminación de si la punibilidad adquiere o no el rango de elemento esencial del delito.

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 persona. 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 resumen, punibilidad es:

- a) Merecimiento de penas;
- b) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales;
- c) Aplicación práctica de las penas señaladas en la ley.⁷⁵

Entre los autores que consideran a la punibilidad como elemento constitutivo del delito, se encuentran: Frank von Liszt, Bettoli, Cuello Calón, Jiménez de Asúa y Francisco Pavón Vasconcelos. Bettoli se refiere al delito... "como el hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo";⁷⁶ Frank von Liszt... "Al definir el delito lo estima un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena, precisando lo constituyen cuatro caracteres esenciales, siendo el último de ellos (sancionado con una pena) el que le otorga su carácter específico";⁷⁷ Cuello Calón dice: "El delito es fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél";⁷⁸ Jiménez de Asúa afirma:

Lo que en último término caracteriza al delito es ser punible. Por ende la punibilidad es el carácter específico del crimen. En efecto, acto es toda conducta humana; típica es en cierto modo, toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias jurídicas y en tal aspecto, la usura, que no tiene en el derecho vigente venezolano símbolo penal, así como tampoco en el código argentino de 1922, es un acto típico de naturaleza civil que produce consecuencias en este orden; antijurídico es todo lo que viola el derecho y en tal

⁷⁵ Castellanos, Fernando, *op. cit.*

⁷⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

sentido lo es el quebrantamiento de un contrato; imputable y culpable es la conducta dolosa de un contratante. Sólo el delito, el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.⁷⁹

Pavón Vasconcelos, al referirse al concepto del delito, dice:

Al definir al delito expresamos que un concepto substancial del mismo sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto a la punibilidad, el tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito.⁸⁰

En el grupo de los penalistas que sostienen a la punibilidad como consecuencia del delito, tenemos a Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos y Castellanos Tena. Porte Petit afirma:

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.⁸¹

Castellanos Tena dice:

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*).⁸²

Sostenemos que el delito se configura sin la presencia de la punibilidad, siendo sólo ésta la consecuencia del ilícito penal, es decir, la amenaza supuesta por el Estado para aquellos que violen un deber jurídico lesionando un bien jurídico consignado en la norma jurídica.

El aspecto negativo de la punibilidad lo forman las excusas absolutorias y ésta, como lo hemos hecho notar, no es elemento constitutivo

⁷⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*

⁸⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*

⁸¹ Porte Petit, Celestino, *op. cit.*

⁸² Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*

del delito, significa que las excusas no destruyen al ilícito penal, pero su presencia imposibilita la imposición de la sanción correspondiente. Castellanos Tena define las excusas absolutorias como: "Aquellas causas que, dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."⁸³ Entre las más importantes están las establecidas en el artículo 377 del Código penal del Distrito Federal, que consiste en el robo entre ascendientes y descendientes; la excusa establecida en el artículo 375 del mismo Código, refiriéndose al robo menor de \$25.00, cuando el ladrón restituye espontáneamente los daños y perjuicios; otra excusa absolutoria importante es la establecida en el artículo 333 del Código penal vigente, el que establece el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

⁸³ *Ibid.*