

LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Alicia AZZOLINI BÍNCAZ*

I

Desde el 1o. de enero de 1999, cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal adquirió atribuciones para legislar en materia penal, los juristas hemos aguardado expectantes la aparición del Código Penal para el Distrito Federal. Estas expectativas se frustraron con la publicación, en septiembre de 1999, de un documento que reproducía el contenido del Código Federal, exceptuando solamente aquellos temas que no se consideraron propios de la legislación común. El Código para el Distrito Federal nació, aunque resulte extraño, con artículos derogados.

Es por eso que la aparición, ahora sí, de un Código propio para el Distrito Federal despierta nuestro interés y esa inclinación, quizá un tanto perversa, a criticarlo. Pero, si como tengo entendido, el proceso legislativo todavía no se ha agotado, es posible que las opiniones vertidas en estas jornadas sirvan para enriquecerlo y legitimarlo en el ámbito académico jurídico.

En esta participación me ocuparé solamente de las excluyentes de delito contenidas en el artículo 29 del nuevo código, no me detendré a analizar otras situaciones, como el desistimiento y arrepentimiento espontáneos, que para cierto sector de la doctrina también excluirían el delito al eliminar la responsabilidad.¹ De aquellas eximentes analizaré las que, siguiendo esa inclinación perversa, considero criticables y, en consecuencia, mejorables.

Es indudable que la reforma más trascendente en materia de excluyentes de delito ha sido la del 10 de enero de 1994. El artículo 29 del nuevo código no modifica sustancialmente el contenido del artículo 15

* Profesora Investigadora de la UAM Azcapotzalco y profesora del Tecnológico de Monterrey.
1 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, p. 976.

vigente. Sin embargo, hay una tendencia en el nuevo código a ampliar el campo de aplicación de las excluyentes, lo que aparejó modificaciones en la legítima defensa, el estado de necesidad y las acciones libres en su causa. Además, se mantienen la redacción del error y la de la inexigibilidad que fueron cuestionadas al momento de su inclusión en 1994. Estos son los tópicos de los que me ocuparé a continuación.

II

La fracción IV del artículo 29 exige para que haya legítima defensa que se “repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”. Se elimina el requisito del código vigente de la racionalidad de la defensa respecto de la amenaza. Esta modificación es desafortunada.

La doctrina ha sido unánime al afirmar que la necesidad de la defensa no es suficiente para justificar la conducta. El ejemplo de Roxin del parálitico que mata de un tiro a un niño para impedir el robo de una fruta se ha convertido en el argumento clásico para exigir algo más que la sola necesidad,² ese algo más se ha tratado de expresar en fórmulas como la *racionalidad* o la *proporcionalidad de la defensa*, entendidas en el sentido propuesto por Nino que abarca el carácter y magnitud de los bienes involucrados y el grado de daño o peligro a que están expuestos.³

Es cierto que, por ejemplo, el Código Penal alemán contiene una regulación muy escueta de legítima defensa y que ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes le han dado contenido.⁴ Pero esa no es la tradición mexicana que ha incluido en el código todos los requisitos de la legítima defensa. Parece muy difícil que los jueces consideren aquello no está expresamente contenido en la ley. Por eso creo conveniente mantener la exigencia de racionalidad de la defensa.

2 Cfr. Roxin, *op. cit.*, pp. 635 y 636. En el mismo sentido se expresa Zaffaroni, Eugenio Raúl, en el texto escrito con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal, parte general*.

3 Nino, Carlos, *La legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 120.

4 El § 32 (1) del Código Penal alemán menciona que el hecho sea *requerido* por legítima defensa. La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de darle contenido a dicho término.

III

La reforma de 1994 introdujo la referencia al valor de los bienes como requisito del estado de necesidad al exigir que se sacrifiquen bienes de menor o igual valor a los que se salvan. La fracción V del artículo 29 del nuevo código elimina esa exigencia, entiende que obra en estado de necesidad quien actúa para “salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

También en este caso la redacción es incompleta, por lo que puede dar cabida situaciones aberrantes (como matar a una persona para sacarle las córneas indispensables para que otra pueda ver). Seguramente, y con razón, el legislador consideró que el valor de los bienes en conflicto a que hace referencia la legislación actual, no es una referencia afortunada. Aunque el valor deba ser interpretado en término de jerarquía de bienes, y no de valor económico, la mera jerarquía de bienes es un criterio muy estrecho. Por eso la doctrina ha entendido que no debe valorarse en abstracto, considerando solamente la jerarquía de los bienes, sino en concreto, atendiendo también a la intensidad del peligro. Se habla entonces de evitar males mayores o iguales al causado.⁵

Lo cierto es que a la redacción propuesta le hace falta la referencia a que la situación evitada sea más gravosa, o al menos igual, al daño causado, es decir un criterio que limite racionalmente esta excluyente.

IV

La inimputabilidad del agente al momento del hecho excluye el delito. Hay acuerdo unánime en que el inimputable no tiene capacidad para ser culpable. Pero algunos casos en que el sujeto es inimputable al momento del hecho típico, suscitan la duda de si puede ser castigado cuando en un momento anterior, en que todavía era imputable, estableció dolosa o culposamente una causa del resultado. El ejemplo clásico es del sujeto que se embriaga para darse valor y golpear a su enemigo o el del que se embriaga sabiendo que debe conducir con posterioridad. Esta situación de

5 En este sentido Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, p. 606 y Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor, 1998, pp. 470-472.

excepción a la excluyente de delito se denomina *actio libera in causa*. El sujeto no es libre en el momento de la conducta típica, pero es libre en su causa, por lo que la culpabilidad se traslada a ese momento previo, según el modelo del tipo defendido por Roxin.⁶ La teoría de la a.l.i.c. es desechada por Zaffaroni, quien sostiene que ella no puede fundar el dolo, porque al hacerlo viola los principios de legalidad y culpabilidad, y que tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa porque se puede llegar a los mismo resultados aplicando la sistemática normal de la imprudencia.⁷

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se inclina por aceptar esta teorización. Siguiendo esta línea de pensamiento, el código vigente no considera inimputable a quien “haya provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”. Debe aclararse que lo doloso o culposo no se refiere a la provocación del trastorno mental, sino al hecho típico. El haberse embriagado voluntariamente o por imprudencia no significa que, si delinque en tal estado, haya querido el hecho ni que éste le fuere previsible.⁸ La hipótesis legal actual alcanza a quien se embriaga para cometer el delito o en circunstancias en que es previsible su comisión.

El nuevo código para el Distrito Federal hace mención expresa de las acciones libres en su causa en el rubro que acompaña a la fracción VII del artículo 29, pero excluye la inimputabilidad solamente cuando “el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación”.

De acuerdo con esta redacción, sólo se considerará imputable, y por lo tanto capaz de culpabilidad, a quien provoque su trastorno mental para cometer el delito, pero no a quien se coloque en esa situación sin la voluntad de cometer el hecho típico aunque este le fuere previsible. Quedaría como inimputable y no responsable el sujeto que se embriaga en la cantina sabiendo que debe conducir el auto hasta su casa, y en el trayecto atropella y mata a una persona.

6 Roxin, *op. cit.*, p. 851. El otro modelo es el de la excepción, desarrollado por Hruschka, según el cual la a.l.i.c. es una excepción justificada por el derecho consuetudinario. Asimismo, véase Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, p. 671.

7 Zaffaroni *et al.*, *op. cit.*, p. 674.

8 Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 605.

Aunque es posible razonar como Zaffaroni y sostener que la conducta del último ejemplo puede resolverse aplicando la sistemática de los tipos culposos, esto no es lo más conveniente, porque es dejar librado al criterio del juzgador en turno un tema de gran trascendencia práctica. Un elevado número de delitos se produce en accidentes de tránsito en los que al menos uno de los conductores se encuentra en estado de embriaguez plena o semiplena. Y precisamente estos supuestos quedan excluidos de la regulación de las acciones libres en su causa del nuevo código.

Por eso es conveniente agregar a la fracción VII del artículo 29 que no será considerado inimputable quien haya provocado su trastorno mental cuando es previsible la comisión del hecho típico.

V

La regulación del error sufrió cambios trascendentes en 1994. La fracción VIII del artículo 29 del nuevo código respeta esa redacción y conserva en el inciso a) al error de tipo y en el b) al error de prohibición. Dentro de éste último se incluyen los casos en que el sujeto cree que está justificada su conducta, a los que la doctrina ha denominado error sobre los presupuestos de las justificantes.

El legislador se ha pronunciado, diría que sin lugar a dudas, por la teoría estricta de la culpabilidad, propuesta en su momento por Welzel, según la cual el error sobre los presupuestos de las justificantes no afecta al dolo sino a la culpabilidad.⁹ Pero una gran parte de la doctrina contemporánea sostiene que se trata de un supuesto de error de tipo que, en caso de ser invencible, eliminaría el dolo.¹⁰

No es esta la ocasión para pronunciarme en una discusión tan extensa como cerrada, sin embargo, queda siempre la duda sobre la conveniencia de que los textos legales asuman posturas doctrinarias tan definidas o si sería preferible una fórmula más conciliadora. En todo caso, debo reconocer que el tratamiento del error a partir de 1994 ha sido muy superior tanto en el aspecto técnico como en consideraciones político criminales al de la versión original del Código del 31.

9 Moreno Hernández, Moisés, “La regulación del error en la legislación penal mexicana”, *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, México, 1999, núm. especial 1, pp. 90-92. La misma interpretación respecto de la legislación mexicana es sostenida por Juan Terradillos Basoco en su libro *La culpabilidad*, México, Indepac, 2002, pp. 101-102.

10 En ese sentido, por ejemplo, Mir Puig, Santiago, pp. 572 y Terradillos, *op. cit.*, p. 101.

VI

La *no exigibilidad* como causa de exclusión de la culpabilidad es una elaboración de las teorías normativas. Freudenthal erigió la no exigibilidad en fundamento de la reprochabilidad y la llegó a postular como una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad. Esto ocurrió después de la Primera Guerra Mundial en un momento socioeconómico difícil para Alemania, y en el que esta causal ayudó a la jurisprudencia a encontrar soluciones adecuadas a la difícil situación que se estaba viviendo.¹¹ Sin embargo, al poco tiempo fue rechazada mayoritariamente, se ha dicho que su admisión debilitaría la eficacia preventivo general de la ley penal y se traduciría en inseguridad jurídica para los demás. Por eso, en la actualidad, la expresión de *no exigibilidad* explica el fundamento de causas legales concretas de exculpación como el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante.

En el ámbito mexicano, teniendo en cuenta la redacción original del código de 1931, Estaban Righi propuso en su momento que podían incluirse dentro del concepto de no exigibilidad a quien obrara bajo coacción, en estado de necesidad disculpante o al subordinado que conociendo la ilicitud de la orden la cumpliera en virtud de las amenazas del superior.¹² Sin embargo, gran parte de la doctrina nacional y de la jurisprudencia ignoraron el concepto.

La reforma de 1994, al tiempo que suprimió el miedo grave, el temor fundado y la obediencia jerárquica, introdujo la *no exigibilidad* como una causal autónoma de exculpación. La fracción IX del artículo 15 vigente, que es reproducida sin ninguna modificación en la fracción IX del artículo 29 del nuevo código establece que “en atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalemnte exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”.

La inclusión de esta causal fue criticada. Llegó a decirse que era equivalente a suprimir la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber y poner en su lugar

11 Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 619. Este autor cita el caso del cochero que accedió a enganchar un caballo peligroso (*Leinenfänger*) por miedo a perder el empleo, y que fue absuelto por el tribunal cuando el caballo se desbocó y atropelló a un herrero rompiéndole una pierna.

12 Righi, Esteban, “La exigibilidad como base del juicio de culpabilidad”, *Revista Jurídica Veracruzana*, t. XXVIII, núm. 2, Jalapa, Veracruz, abril-junio 1977, *passim*.

una fracción que dijera: el delito se excluye cuando el sujeto obre con causa de justificación. Además, se ha considerado que aplicar esta causal genérica en el caso de delitos dolosos generaría gran inseguridad jurídica.¹³

Lo cierto es que la *no exigibilidad* no ha sido lo suficientemente analizada por la doctrina mexicana y menos aún por la jurisprudencia, que la ha utilizado en muy pocos supuestos y sin criterios homogéneos. Estos motivos hacen pensar sobre la conveniencia de mantener esta redacción en el nuevo ordenamiento.

13 Terradillos Basoco, J., *op. cit.*, p. 108.