



122 24
Universidad Nacional Autónoma
de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

Acatlan

- Facultad de Derecho -

"Análisis Jurídico del Párrafo II
del Artículo 265 del Código Penal
para el Distrito Federal en Mate-
ria del Fuero Común y para toda
la República en Materia del Fuero
Federal.

Tesis

Que para Obtener el Título de:

Licenciado en Derecho

Presenta

Susana González Hernández



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N T R O D U C C I O N

El alarmante índice de nuevas y sofisticadas formas de conducta que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos del individuo o de la sociedad en general en el mundo actual en el que nos desenvolvemos, obligan al legislador, en su carácter de representante de la Sociedad, a crear continuamente nuevos tipos penales, en un esfuerzo por asegurar su prevención mediante la coacción de las penas correspondientes.

Sin embargo, la inclusión de las nuevas normas, dentro del Derecho Penal, debe realizarse bajo estrictas medidas jurídicas que garanticen definitivamente la eficacia de sus fines, pues en caso contrario, si se apartan de la hermenéutica jurídica, pueden revertirse contra la propia sociedad, causándole más daño aún que el propio hecho ilícito.

Lamentablemente, en muchas ocasiones, el legislador lejos de atender el sabio consejo jurídico del especialista, se deja llevar por presiones metalegales con resultados que ciertamente no generan la protección social esperada.

Lo anterior, ha acontecido, a mi parecer, con la inclusión en el Código Penal para el Distrito Federal, del párrafo segundo del artículo 265, que regula la llamada-

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

VIOLACION INSTRUMENTAL. Expongo para apoyar mi crítica - constructiva, los siguientes argumentos de técnica jurídica:

En la exposición de motivos para la creación de este nuevo tipo, se expuso que;

VIOLACION.

En atención a los reclamos populares, se aumentan - el máximo de la pena para el delito de violación simple - previsto en el artículo 265. Asimismo, se sanciona con - pena de prisión de uno a cinco años al que, por medio de la violencia física o moral, introduzca por la vía anal - o vaginal, cualquier instrumento o elemento distinto del miembro viril.

En el texto que se propone para el artículo 266 se - distingue la violación impropia sin y con violencia, pa - ra permitir la agravación de la pena en el segundo caso.

La fórmula propuesta para la violación tumultuaria - a que alude el artículo 266 bis, permite un incremento - más. Con ello se responde al reclamo popular, particular - mente de asociaciones femeninas.

De esa exposición se advierte que el legislador o - bró precipitadamente, pues trató de punir una conducta,

que a todas luces ya se encuentra contemplada en el Código Penal en otras figuras antisociales, basado en razones más bien de presión que de carácter lógico jurídico.

Explicando: La creación de nuevas normas típicas, - debe obedecer exclusivamente a las problemáticas sociales con estructura propia, diferenciadas totalmente de - las ya contempladas en las leyes penales, con la certidumbre absoluta de su autonomía, precisamente para evitar confusiones, vaguedades o duplicidades estériles que conculquen garantías constitucionales y redunden en perjuicio del interés social.

En el caso que nos ocupa, el tipo de VIOLACION INSTRUMENTAL, ni siquiera corresponde a ningún subtipo del de VIOLACION GENERICA, pues no posee el elemento de identificación de esta clase de ilícitos que lo es la cópula violenta o irresistible, con su bien jurídico tutelado - que lo es el de la libertad sexual. Bastaría esa omisión para justificar su definitiva exclusión de ese aparente subtipo de violación.

Pero además la introducción por la vía anal o vaginal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del afendido, no constituye más que - un elemento especializante incluido ya en otra norma de-

mayor amplitud, como lo es la que describe el ilícito - de ATENTADOS AL PUDOR, ubicada en el artículo 260 del Código Punitivo, pues comparando los elementos de ambas -- llegamos a la conclusión que en las dos se ejecuta un ac to erótico sexual, sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula; dándonos la pauta de ello, en lo que se refiere a la figura de VIOLACION INSTRUMENTAL, su ubicación dentro del Capítulo referente a los delitos -- sexuales y en cuanto a que la introducción la realiza el activo precisamente en los órganos genitales de la vícti ma; empero en esta figura, solamente se habla de intro-- ducción, y en la del delito de Atentados al pudor, de e--jecución de actos, que comprende, por razones obvias to-- da una gama de éstos con el fin ya señalado; por lo que, atendiendo a los principios de especialidad y consunción o absorción para resolver el problema entre los dos o -- más normas incompatibles entre sí, y determinar cuál de-- ellas es la aplicable con exclusión de las demás, debe--mos tener en cuenta que dichos principios operan en ra--zón de que los elementos constitutivos de las normas en-- conflicto, permiten a una de ellas prevalecer sobre la -- otra, a virtud no sólo de su mayor amplitud que abarca y consume a la otra, sino también en su entidad valorativa que absorbe a la norma en conflicto, pues el fundamento que justifica la exclusión no radica en la relación lógica entre ellas, sino en su propio sentido con arreglo a una interpretación valorativa.

Al respecto Mezger opina que esta forma interpretativa debe tener en consideración "todas las circunstancias del caso, también las más concretas", pues como no se trata de una relación lógica no puede establecerse la precedencia de una de las normas en virtud de la simple-comparación entre los "tipos" abstractos, sino "de la configuración concreta del caso de que se trate" (1).

No obstante la observación apuntada, en la actualidad priva en la doctrina el criterio valorativo que permite la absorción de una norma por otra.

Etcheberry, opina que: "...resulta innecesario que la conducta o el hecho "consumidos" estén comprendidos en la descripción del tipo consumidor, ya que "basta que de este último se desprenda la voluntad del legislador de castigar el acto mismo realizado y todos aquellos otros que ordinariamente lo acompañan, y cuyo carácter de delictivo autónomo debemos suponer, en consecuencia, ya -- previsto por el legislador e incluido en la penalidad -- que se atribuye al tipo consumidor..." (2).

De acuerdo con los principios analizados, resulta irrelevante el distinto criterio que afirma que cuando dos normas penales regulen el mismo hecho, estableciendo penas diferentes, deberá aplicarse aquella que lo sancio

(1).- Conf. cit. en Pavón Vasconcelos. Francisco. "Concurso aparente de normas". Editorial Cajica, S.A. la. -- Bñ. México, 1975. pág. 107.

(2).- Ibidem.

ne con una pena mayor; pues además de que este criterio se encuentra ya superado, con la derogación del artículo 59 del ordenamiento represivo que así lo establecía, debemos tomar en cuenta una diferencia fundamental entre el criterio de la mayor gravedad punitiva y los de especialidad y consunción, pues mientras en el primero las normas concurrentes regulan una misma situación de hecho, en los segundos la norma aplicable resulta de una amplitud mayor, ya en razón de sus elementos constitutivos especializantes o bien por su mayor entidad valorativa, lo cual nos lleva lógicamente a estimar posible la exclusión del criterio que atiende al mayor rango sancionador para atender a cualquiera de los referidos principios que, incluso, pudieran hacer operar una pena menor o excluir definitivamente de sanción la conducta o hecho considerados, ocurriendo exactamente la primera hipótesis en el caso concreto, ya que la pena por el delito de Atentados al Pudor es menor que la de la Violación Instrumental, por lo que es admisible por añadidura, otro principio que apoya los ya mencionados: el de estar a lo más favorable al reo,

Por otro lado, si el agente no actúa bajo un instinto sexual, en ninguno de los dos casos podría ubicarse su conducta; no obstante si la violencia empleada provoca la más mínima alteración en la salud de la víctima, se daría el ilícito de lesiones, en el cual si bien jurídico tutelado lo es la salud personal.

En suma, siendo el pudor, pues de ninguna manera - podría ser la libertad sexual por la ausencia del inter- to o consumación de la cópula, el bien jurídico tutelado en el tipo de VIOLACION INSTRUMENTAL, este delito ya se encuentra descrito en una norma de mayor amplitud como - la es la que define el DE ATENTADOS AL PUDOR, siendo a-- aplicables los principios de derecho ya apuntados para su encuadramiento definitivo; de lo que resulta extraño e -- incompatible dentro del orden que el legislador quiso es tablecer, y es obligada su exclusión, por medio de la de rogación, antes de que siga provocando más daños socia-- les, pues sin esfuerzo alguno de observar que su permanencia es conculcatoria de la garantía individual conte-- nida en la parte conducente del artículo 14 de la consti-- tución General de la República, que obliga al juzgador - penal a la aplicación exacta de la ley, la cual por la - observancia, produciendo en última instancia la impuni-- dad de una conducta gravemente considerada.

Este trabajo pretende demostrar, a través de los ra zonamientos lógico legales conducentes, la inutilidad de la creación del llamado delito de VIOLACION INSTRUMENTAL por su carencia absoluta de estructura jurídica autónoma dentro del contexto legal en que se encuentra, y que su permanencia positiva resulta contraproducente para los - objetos de su creación, con un doble propósito: a) lla-- mar la atención al legislador, para que al elaborar un - nuevo tipo penal se ciba estrictamente a la técnica jurí

dica adecuada, asesorándose debidamente de los especialistas que la conozcan y dominen, en relación de los intereses sociales que desee proteger, y que no se deje -- llevar en esta delicada tarea, por elementos temporales de presión, que a la postre, como en el presente asunto, reviertan mayores daños sociales que la misma perpetración de la conducta antisocial, y b) Que se derogue a la mayor brevedad posible la norma penal cuestionada, por las razones antedichas.

C A P I T U L O I

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

GRECIA.

El delito de violación no tiene un momento histórico de aparición, debemos para encontrar su raíz histórica, estudiar la axiología de los valores sexuales. El hombre primitivo agrupado en conglomerados formados por hombres y mujeres, en los cuales en desconocimiento con sanguíneo y la íntima relación personal entre sus integrantes, daban lugar a la promiscuidad sexual, en la -- que el padre no conocía la relación de intimidad que existía con su propia hija, mujer con la cual copulaba, desconociéndose de tal forma la paternidad, y muy posiblemente la misma maternidad. Es en este período de la humanidad en el que los lazos familiares no existen, el hombre se encuentra en período más oscuro de la concepción de la familia, ya que la cohesión de los hombres, -- que integran la horda, es la protección personal asegurada por la guía del hombre que resulta más fuerte. Un período posterior lo constituye el clan totémico, en el cual aparece el matriarcado, en este período la mujer, -- es el centro de la sociedad primitiva, es la raíz que -- mantiene el árbol, es la que se queda en casa, cuida de los pequeños, cultiva la tierra, mientras que el hombre es el cazador nómada, siempre fuera de casa, y del cual no se tiene la certeza si regresará con vida; durante -- este período la mujer como centro del grupo social, man

tiene el poder económico y político, es la que manda, es la que ordena; se ha establecido por algunos autores el hecho del que el nacimiento de un varón durante el matriarcado es benéfico para el clan, mientras que el nacimiento de una mujer no se acepta, y era usual que se practicara el infanticidio de menores (del sexo femenino), con esto la mujer se ve imposibilitada para tener un sólo hombre, y así cada una cuenta con dos, tres y en ocasiones, más maridos.

Debemos inferir que la mujer primitiva, en su estrecho campo de visualización intelectual, no podía comprender la periodicidad del ciclo menstrual, y se dejaba guiar solamente por sus instintos sin embargo en estos períodos primitivos que la mujer durante el período de menstruación es intocable, esto aunado al hecho de la escasez de mujeres, trajo como consecuencia que los hombres buscaran mujeres en otros grupos sociales, consiguiéndolas ya sea a través del rapto ó de la compra, iniciándose muy probablemente la figura del matrimonio, iniciándose también el período del patriarcado, en él, el hombre tiene el poder del grupo social, es ahora el que manda y ordena ya que la mujer que elige, corta su libertad, la reprime y es en este período cuando la virginidad se erige como un tabú, el hombre solamente respeta a la mujer con himen íntegro, las grandes fortunas las dotes, sólo son entregadas cuando la mujer demuestra pública y sin lugar a dudas su virginidad, por lo

cual la familia ya totalmente integrada defiende la integridad sexual de la mujer, esto se ve reflejado a través de la costumbre (*inveterata consuetudo*) que se plasma en la ley por la voz del pueblo. Los Hebreos en el - Dueteronomio 25 XXII castigaban con pena de muerte, multa o castración la violación, y la pena era impuesta tomando en cuenta si la mujer era soltera o casada, en el Código de Manú la violación estaba penada con sanción corporal siempre y cuando la mujer no fuera de la misma clase social que el hombre ni prestara su consentimiento, en caso contrario no se castigaba al violador con la pena antedicha, sino que se imponía una multa y se la obligaba a contraer matrimonio con la víctima, si la mujer lo consentía, en caso contrario se condenaba a -- muerte al violador.

En Grecia se castigaba con una multa y con la obligación de contraer matrimonio con la víctima al violador, si la mujer estaba de acuerdo, en caso contrario se le condenaba a muerte, es lógico pensar que durante la vida de Grecia se observara una evolución respecto al delito de violación, ya que Grecia abarca diversos periodos que van de la barbarie hasta la civilización clásica, sin embargo como sociedad aún primitiva, el pueblo griego no le daba un valor preponderante a la integridad sexual de la mujer, ya que si el violador se casaba con la víctima y esta lo consentía no había delito que perseguir, se configuraba de tal forma el delito

de violación por querrela necesaria, en él la víctima -- podía optar por la vida o la muerte del violador, el -- bien jurídico tutelado durante la mayor parte de la hig toria griega, no fúe la libertad sexual como lo es ahora, sino el prestigio social de la víctima, dentro de -- la tabla de valores jurídicos el delito de violación no atentaba de manera profunda contra la vida de los Estados Griegos.

En Roma cuna de la organización legislativa social y política de nuestro tiempo el delito de violación, no era el foco de atención de los legisladores, se le daba poca importancia a los delitos de índole sexual muchos de ellos sin una adecuación en su concepto, y exactitud de la penalidad, ya que muchos de los delitos sexuales se encontraban incritos en una sola norma que los describía, quedando también enmarcados dentro de diferentes -- ramas del derecho, existía un caso legal, que solo puede ser comprendido por la indiferencia del pueblo romano hacia ese tipo de delitos. Respecto a la determinación del delito de violación Mommsen señala: "...el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza, por medio de la cual una persona, ora constriñe voluntad mediante (metus) para determinarla a ejecutar o a no ejecutar -- una acción" (1). Quedando de tal forma el delito de vio

(1) Mommsen Teodoro. "El Derecho Penal Romano" T.II. Editorial La España Moderna, la edición, calle de Fouente 7. Madrid p. 127.

lación, dentro de los delitos de coacción física.

Dentro de la ley de las doce tablas no se estableció una delimitación de los delitos, y por lo tanto no se concretizaba la violación. La historia de Roma abarca diversos períodos, es de importancia el mencionar, - que aún durante el período del Imperio Romano, las costumbres sexuales se encontraban bajo una gran promiscuidad, al respecto Mommsen señala, eran el ejemplo a seguir, y ellos manejaban su vida sexual de una manera de sordenada, arbitraria, y muchas de las veces contra natural, la vida del imperio, se encuentra llena de anécdotas borrascosas y sin decencia, el César podía tener las mujeres y los hombres que quiera, y aún muchos de los emperadores realizaban orgías en las cuales participaban niños, tenían la tendencia a coleccionar seres extraños y con perversiones sexuales, crearon burdeles, y el mismo emperador Trajano sufría de sífilis, no decir de Calígula uno de los Emperadores y Césares más promiscuos de la historia de Roma, por lo cual es lógico pensar que el delito de violación no tuviera gran relevancia en la historia Romana, en consideración a que ese delito se ve concretizado, durante los períodos históricos en los que el hombre respeta la integridad personal donde alea su alma, su espíritu y donde existe un Dios que sanciona las conductas aberrantes.

El Derecho Español es una mezcla de normas jurídicas y normas religiosas, dentro de las corrientes religiosas preponderantes encontramos a la religión Católica el derecho español es un derecho rígido en contraposición al derecho Romano; en el Derecho Español los delitos sexuales se encuentran concretizados, las normas tienen precisión y las penas están nitidamente establecidas. Así también tenemos que en el Fuero Juzgo se castigaba al forzador con cien azotes si era hombre libre así como su entrega a la mujer forzada, y si era siervo era quemado, los azotes eran recibidos en público y la servidumbre en la que caía beneficiaba a la familia de la víctima, esto se estableció en el Libro III título Segundo del Fuero Juzgo, también se prohibía al violador y a la víctima contraer matrimonio, si lo hacían con el consentimiento de la víctima ambos caían en servidumbre con todos sus bienes, además de los herederos más próximos.

González Blanco señala que en el fuero viejo de Castilla en el Libro II, título Segundo, se encuentran tres leyes dos de las cuales hacen referencia a la violación, misma que se sanciona con la pena de muerte para el victimario. La ley del fuero real Libro IV, título Décimo señala la pena de muerte para el que forzara a una mujer soltera para hacer con ella la fornicación, la segunda ley del mencionado Fuero Real hace referencia a la violación tumultuaria, decretando la muerte para los que violaren a la víctima, y multa en el caso en el que llavaren acompañantes que no participaran en la violación.

lación la ley de las Siete Partidas señala precisamente en la primera partida, respecto al delito de violación y del rapto, que el forzar o robar a una mujer que sea viuda, religiosa, casada o virgen y que viva honestamente, es un error ya que está forzado a una persona honesta y le este creando una gran deshonra, por lo que conforme a derecho debe existir un castigo máximo a -- los que forcen a las personas; la denuncia se señala en esta Segunda ley puede ser hecha por los parientes de -- la víctima, la víctima, o cualquier persona del pueblo, denunciando no solo al violador sino también a sus cómplices, la tercera ley señala como pena para el delito de violación el que todos los bienes del violador pasen al patrimonio de la violada la víctima puede casarse, -- si lo desea, con el violador no habiendo marido, en el caso de que fuera monja o religiosa, todos los bienes -- del violador pasaran al patrimonio del monasterio donde reside la víctima. En el Derecho Español observamos que las normas al ser elaboradas por religiosos, los cuales fundamentaban los bienes jurídicos en normas morales, -- dejaban a un lado la dialéctica y el estricto sentido -- de la ley en su aspecto jurídico.

DERECHO MEXICANO .

Respecto al delito de violación, en nuestro derecho encontramos que antes de la llegada de los Españoles, la vida social política, cultural y económica de --

los pueblos de los que hoy es América, se encontraban bajo el influjo de un gobierno teocrático politeísta, en el cual los factores de la naturaleza regían la vida de la comunidad, la lluvia, el sol, el aire, el agua, etc. se convertían en deidades amorfas concretizadas en piedra, las cuales a través de los sacerdotes, exigían tributo de sangre, eran pueblos primitivos, más sin embargo la vida sexual era sumamente rígida, la limpieza corporal de hombres y mujeres era una necesidad, se educaba al pueblo para adorar a esos dioses, para sacrificarse por ellos en las guerras, para ofrecer doncellas y castos guerreros a través de ritos de sangre, por lo cual en los pueblos gobernados por el Imperio Azteca la mujer debía mantenerse casta y honesta, su vida social debía concretarse en el grupo femenino, las niñas eran vigiladas por los padres y por la comunidad, los dioses vigilaban de ellas es por lo tanto que el violador, al atacar la integridad de la mujer atacaba a la sociedad, a la familia, y principalmente a los dioses, es así que se establecieron penas severísimas y de las cuales no existía ninguna oportunidad de salvación, Floris Margadant señala: "También para la violación y estrupo existía la pena capital (lapidación)." (2)

En el Código de Texcoco se sanciona el delito de violación con extremo rigor, existía la pena de muerte,

(2) -- Floris Margadant, "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano" Editorial Esfinge, 2a edición México - 1978 p. 115

excepto en aquellos casos en los que la víctima fuera una ramera, en Michoacán al violador se le razgaba la boca hasta las orejas y después se le empalaba; existió durante el período del Imperio Azteca la violación de mujer a hombre, caso en el cual la mujer también era la pidada.

Es así que con la llegada de los Españoles, el pueblo que se encontraba bajo el dominio del Imperio Azteca, el cual imponía penas extremadamente duras, sangrientas, permitió el establecimiento de la dominación Española, la cual establecía normas ligeras y con tolerancia.

En el período independiente en el que se dan graves conflictos y una total desorganización social y política, la legislación sobre el delito de violación no atrajo la atención de los independistas, ya que la integridad, tranquilidad y organización del Estado Mexicano era de suma importancia, pece a lo cual durante el Gobierno del Presidente Sr. Lic. Benito Juárez, se realizó un proyecto de la ley penal en el cual se trataban diversos delitos, no existiendo durante ese período (hasta 1857) una esquematización congruente ordenada de las bases fundamentales del derecho penal, en esas legislaciones se observa una total anarquía, y la mayor parte de ellas se refiere al aspecto procedimental, en el cual se procuraba que los procesos fueran sumarísimos y -

las penas efectivas; fué Gómez Farías quien respecto a la anarquía de las leyes penales señalaba que era necesario iniciar la formación de un Código Penal aún cuando su terminación correspondiere a cualquier otro Gobierno; la intervención Francesa obstruye los trabajos de formulación del Código Penal, y es así que al terminar la intervención francesa el Sr. Presidente Benito Juárez inició la organización de su gobierno, y en esa época (1867) se elige al Lic. Antonio Martínez de Castro para presidir la comisión encargada de formular el Código Penal.

CODIGO PENAL DE 1871.

En la exposición de motivos del Código de 1871 el Sr. Lic. Don Antonio Martínez de Castro señaló : " .. - C. Ministro de Justicia.- Cumpliendo la protesta que hice á Ud. en mi oficio de 14 de Septiembre próximo pasado, tengo la honra de remitirle el libro lo. del Proyecto del Código Penal, cuya formación se nos encomendó, y las actas de las sesiones que hemos tenido para discutirlo.

Como en ellas se exponen, aunque ~~suscintamente~~, los fundamentos en que descienden los artículos de dicho libro lo.; excusada parecerá una nueva exposición de ello sin embargo, la Comisión ha creído conveniente hacer, y hará ahora por mi conducto, algunas breves reflexiones:

ya para amplificar sus pensamientos, en algunos puntos capitales que lo necesitan; y ya también para que, á un golpe de vista, comprenda el Supremo Gobierno el sistema que hemos adoptado y los principios que hemos seguido. Nada hay que no sea grave y difícil en un Código Penal; pero lo más delicado de él por su trascendencia, - el trabajo verdaderamente cardinal consiste, sin disputa, en la elección de las penas. Sobre este punto están conformes los criminalistas modernos en que la pena por excelencia, y la que necesariamente debe servir de base á un buen sistema penal, es la prisión aplicada con las convenientes condiciones, como la única que, á las calidades de divisible, moral, revocable y en cierto modo irreparable, reúne las de ser afflictiva, ejemplar y correccional.

Las más importantes de todas esas circunstancias, son sin duda las tres últimas, pues con ellas se alcanza el fin único que las penas se imponen, el de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan, - En efecto; por medio de la intimidación, se alejará á todos del sendero del crimen; y por medio de la corrección moral del condenado, se afirmará éste en los buenos propósitos que la pena le haya hecho formar, y que de otro modo quebrantaría muy fácilmente. Los legisladores antiguos y casi todos los modernos no han empleado, sino el primero de estos dos medios, curándose muy poco ó nada del segundo; á pesar de que, como observa un rey

petable autor, hace muchos siglos que el jurisconsulto Paulo dijo: "Pena constituir in emendationem hominum".

Pero ¿ se puede alcanzar este fin con la pena de prisión ? Sí, en verdad, con tal de que se aplique por un tiempo proporcionado á la naturaleza y gravedad del delito, y en establecimiento adecuado al objeto: que no tengan comunicación alguna los presos entre sí: que se les impongan ciertas privaciones ó se les concedan ciertas gracias, según sea mala ó buena la conducta que observen al estar cumpliendo su condena: que durante ella se les ocupe constantemente un trabajo honesto y lucrativo, y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital, para que tengan de que subsistir cuando estén libres: que a los que carezcan de instrucción en un oficio ó arte se les dé, así como también en las primeras letras, en la moral y en la religión; y finalmente, que por un término suficiente de prueba, den á conocer la sinceridad de su arrepentimiento, para que no haya el temor de que recaigan al volver a la sociedad. Hé ahí las medidas que aconsejan los criminalistas filósofos y las que el eminente Livingston inspiraron - tal confianza, que se avanzó hasta decir "Yo creo firmemente que muchos de los condenados cuando vuelven a la sociedad serán miembros más dignos de ella, que otros - que, por no haber cometido un delito de gravedad, no hayan incurrido en una pena semejante".

Acaso sea esto suficiente, pero ha hecho todavía más la Comisión pues ha establecido, que tengan un cargo en su pena, hasta de un tercio de ella, los reos que al estarle sufriendo se manejen mal; y que se haga una rebaja hasta de la mitad, a los que hayan dado pruebas irrefragables de su arrepentimiento y enmienda: que el fondo de reserva de los primeros sea menor que el de los segundos; y que se expida a estos un documento fehaciente, no solo de que han purgado su delito, sino también de que por su buen comportamiento, se les ha juzgado dignos ya de volver al seno de la sociedad, sin peligro alguno para ésta; lo cual equivale a una rehabilitación.

Como a pesar de todas esas medidas, a cual más racional y filosófica, podría haber algún peligro en que, sin preparación alguna se pusiera a los condenados en absoluta libertad, entregándoles de improviso a todas las seducciones, a todos los peligros del mundo, después de muchos años de privaciones y encierro; la Comisión ha cuidado de que los presos estén en comunicación constante con su familia y otras personas capaces de realizarlos con su ejemplo y sus consejos, y de proporcionarles trabajo. Además ha fijado como período último de prueba, uno de seis meses, en que poniéndoles en completa comunicación y dándoles alguna libertad, no queda ya duda de que es verdadera y sólida su enmienda.

Averiguando esto, se les otorgará una libertad provisional, ha la que se ha dado el nombre de preparatoria, y que será revocada en el momento en que, las faltas del que la disfrute den a conocer que salieron fallidas las esperanzas que se habían concebido de su regeneración. Más breve: hemos querido y procurado que, - para otorgar una libertad completa y definitiva a los reos, que son unos verdaderos convelescentes de un mal-moral, se obre con el mismo tiento y consideración que se emplea con los que convalescen de alguna grave enfermedad física. En suma, O. Ministro: el plan de esta Comisión se reduce a emplear en el castigo de los delitos y como medios eficaces de impedir que se cometan otros, los dos resortes más poderosos del corazón humano, a saber, el temor ya la esperanza; haciendo palpar a los reos que si tienen una conducta arreglada, solamente sufrirán la tercia parte de la pena que sufrirían en caso contrario; que se ahorrarán no pocas privaciones y padecimientos; que de hombres despreciables y aborrecibles se convertirán en miembros útiles de nuestra sociedad.

Con semejante perspectiva, y después de haber estado por largo tiempo entregados al trabajo y recibiendo una instrucción moral y religiosa, la Comisión no duda que muchos de los criminales vuelvan al sendero del honor y de la virtud, porque, como dice Bonneville con la elocuencia que acostumbra: "Todos estos desgraciados -- que, a pesar de sus vicios, conservan aún el sentimien-

to de la dignidad del hombre: todos aquellos que tengan una madre, una esposa, ó hijos a quienes amar y mantener: que no hayan renunciado a los santos goces de la familia; que suspiren por el aire, por el sol, por su independencia, ¿ no sentirán saltar su corazón, y que se dilata con esta preciosa esperanza ? ¿ no experimentarán una emoción de dicha y de orgullo, al pensar que con su buena conducta y sometiendo voluntariamente a las leyes, podrán por sí mismo conquistar la libertad y tal vez el honor ?.

Estas son vanas ilusiones; porque el resultado feliz que la Comisión se promete, no solamente lo hace esperar la sana razón, sino que lo tiene acreditado la experiencia; pues Inglaterra Irlanda y Sajonia están cogiendo hace años, copiosos frutos del sistema indicado, aunque no lo han planteado todavía con todos los requisitos convenientes: lo adoptó ya la ilustrada Comisión que formó el proyecto último de Código Penal de Portugal, que es el que mejor se aplican los principios de la ciencia: se ha propuesto su adopción en Italia: y no tardará mucho en generalizarse en todas las naciones civilizadas.

El que todavía dude de los asombrosos resultados que ha producido, y está produciendo en las tres primeras de las naciones citadas, se desengañará leyendo los documentos intachables que, como prueba de aquellos, —

presentan Bonneville y León Vidal, y lo que dice Simcnet en su Juicio crítico de la excelente obra que Vander-Brugg-hen dejó escrita sobre el sistema penitenciario en Irlanda.

Como verá Ud., en el artículo 137 de nuestro Proyecto, se previene que el período de seis meses que precede a la libertad preparatoria, lo han de pasar los reos en un establecimiento distinto de aquel en que hayan estado presos el tiempo anterior. Así se practica en Inglaterra é Irlanda, con muy buen éxito; y los inconvenientes de no hacerlo así son tan palpables, que sin necesidad de exponerlos, esperamos se decida el Supremo Gobierno á destinar para ese objeto algunos de los ex-conventos de México que hoy pertenecen á la nación.

He indicado ya que la Comisión emplea como medio indig pensable para la corrección moral de los reos, la completa incomunicación de ellos entre sí. Y como este es un punto que se ha debatido mucho, y en el que no están conformes todavía los criminalistas; la comisión se cree obligada á indicar siquiera las diversas opiniones que hay sobre esto y los fundamentos de la que ella ha preferido.

Los diversos sistemas penitenciarios que hay son - los siguientes: 1o. El de comunicación continua entre - los presos: 2o. El de comunicación entre ellos, solo du

rante el día; 3o. El de incomunicación absoluta ó de -- aislamiento total; y 4o. El de separación constante de los presos entre sí, y de comunicación constante de los presos entre sí, y de comunicación de ellos con los empleados de la prisión, con los sacerdotes de su culto y con otras personas capaces de moralizarlos.

El último de estos cuatro sistemas, que es el que ha adoptado la Comisión, salva todos los inconvenientes que se atribuyen á los otros tres; tiene en su apoyo la opinión de los más célebres criminalistas; y es también el que mereció la aceptación unánime del Congreso penitenciario que se reunió en hombres de diversas naciones todos competentes en la materia, y entre los cuales se hallaba el gran jurisconsulto Mittermaier, á quien se ha considerado como el primer criminalista del siglo. Así lo acredita la primera de las declaraciones que dicho cuerpo hizo, y que literalmente transcribe Ortolan en su inestimable obra ya citada.

La base de este sistema consiste: en quitar á los presos toda comunicación moralmente peligrosa, y en facilitarles todas las que tiendan á moralizarlos. Pues bien: ¿ puede darse mayor peligro de corrupción, que el de estar en contacto con los criminales ? Para Livings-ton ninguno le iguala, y así lo da á entender muy claramente en estas notables palabras: 'El vicio es más contagioso que las enfermedades: muchos males del cuerpo no-

se comunican ni aún por el contacto pero no hay un solo vicio de los que afectan el alma, que no se pegue por - la comunicación constante. Todavía sería menos irracional poner á un hombre en una casa apartada para curarle un simple dolor de cabeza que encerrar para su corrección á un delincuente en una prisión montada bajo el sistema común. Esto mismo había dicho cuarenta años ántes nuestro sabio compatriota el Sr. Lardizábal, en su precioso discurso sobre las penas.

No les falta razón: porque el simple hecho de estar en roce con los famosos criminales, de tratar con ellos, y tal vez de tener que obedecerles, degrada, avergüenza y envilece á sus propios ojos, aún á los delincuentes mismos, si no han perdido enteramente todo sentimiento de dignidad: vienen después las relaciones, que los presos que se comunican entre sí contraen necesariamente, los unos por inclinación, los otros por gratitud á tal ó tal agasajo, á esta ó aquella muestra de consideración que reciben de sus compañeros de infortunio, y los más por el temor que aquellos les inspiran. Esos lazos ya no se desatan nunca, y más o menos tarde arrastran á nuevos y mayores crímenes á los que alcanzaron la libertad después de haber expiado sus delitos anteriores. No hay, pues otro medio de prevenir esa gangrena y de evitar al mismo tiempo las conjuraciones y fugas de los presos, que la separación y aislamiento de ello. He aquí lo que en compendio dicen autores de nota

Esto supuesto, no puede adoptarse ningun sistema penitenciario que tenga como base la comunicaci3n de -- los presos entre s3, ya sea que la admita solo durante el d3a, 6 ya de d3a y de noche: porque no solamente ser3 imposible realizar una de las miras principales que el legislador debe proponerse en la imposici3n de las penas, 3 saber, morigerar 3 los delincuentes para que no reincidan en sus delitos, sino que los cometer3n despu3s mayores por haberse desmoralizado m3s en la prisi3n. Tampoco debe adoptarse el sistema de aislamiento absoluto; as3 porque con 3l se priva a los delincuentes de toda comunicaci3n moralizadora con otras personas; -- como porque ser3a un suplicio insoportable que se ensay3 ya en Pittsbur, y al cual fu3 preciso renunciar.

Despu3s de lo dicho hasta aqu3, se comprende bien, sin necesidad de comentario, que ser consecuente con -- sus principios, ten3a necesidad de Comisi3n de abolir, -- como aboli3 en su proyecto expresamente, la pena de pr3sidio, la de obras p3blicas, y toda especie de trabajo fuera de las prisiones: capital de poner en comunicaci3n completa 3 los criminales unos con otros, los hace perder para siempre la verguenza, que es un retraente -- poderoso del delito.

Tambien he indicado 3ntes, que para alcanzar la regeneraci3n moral de los reos condenados 3 prisi3n, debe d3rse la instrucci3n moral y religiosa; y ahora a3rego,

que esto es absolutamente preciso, porque sin esa base no puede ser perfecto ningún sistema de prisiones. Tales es el sentir de autores muy respetables, y del Congreso penitenciario ya mencionado.

Desechar esta opinión sería tan absurdo, como no querer poner los medios para conseguir el fin á que se aspira: porque si se admite, como es preciso admitir - que uno de los más importantes fines de las penas es la enmienda del penado, y que los gobiernos deben procurar á toda costa conseguirlo; es inconcuso que no deben hacer á un lado el auxilio más poderoso que pueden tener, la instrucción moral y religiosa. Si ella es útil y eficaz en todas circunstancias, nunca lo es tanto como --- cuando se da á los presos, y á presos condenados á la soledad y el silencio. Abrumado con el peso de su desgracia, entregados á la contemplación de ella, y atormentados con sus remordimientos; abren su corazón, naturalmente, á todo lo que puede proporcionarles un consuelo, ; a cuanto puede servir de lenitivo á sus pesares; y reciben la instrucción ,oral y religiosa, como un balsamo reparador que, devolviéndoles la tranquilidad y la esperanza, les hace tomar la resolución de abandonar para siempre la senda del crimen. No pocas veces quebrantarán estos laudables propósitos; más no por esos deben despreciarse los medios de verlos realizados: pues aunque solo se consiguiese la enmienda de unos cuantos culpables, siempre sería digno del legislador en un Código

ese pensamiento tan noble y generoso.

Tal vez se nos objetará que esa idea no puede plantearse, por estar vigente la ley que prohíbe la enseñanza de la religión en los establecimientos sostenidos -- por el Gobierno. Más la Comisión ha creído que esto no es un obstáculo, y que debe hacerse una formal excepción de esa regla respecto de las prisiones tanto por las -- ventajas que producirá, como queda demostrado, cuanto -- porque no hay en ello el inconveniente único que con dicha ley se quiso evitar, á personas de distintas creencias, á la enseñanza y practicas de una sola religión.

Ni por un momento ha sido esta nuestra mente lo -- que nosotros proponemos es, que se instruya á los presos en sus respectivas religiones: que se les proporcionen los medios de practicar sus preceptos: y que se inculquen á todas las máximas de una sana moral, que es lo que se hace en Inglaterra y en los Estados Unidos de América. Esto en nada se opone, ciertamente á la libertad religiosa; y ántes bien es una nueva sanción de ella, puesto que a cada cual se le permite el libre ejercicio de la religión que profesa. Además si el Estado se apodera de un individuo y le priva de su libertad, ¿no es cierto que contrae la obligación de llenar para -- con él los deberes que le impide cumplir por sí mismo?.

Acaso por este motivo se esté tolerando que, perso

nas de distintas sectas protestantes entren á las prisiones de esta capital á hacer predicaciones á los presos. Y si esto se permite, no sin grave inconveniente, ¿cuál puede haber en que la autoridad reglamente la enseñanza religiosa, haciendo que ningún preso reciba instrucción sino en la religión que él tenía adoptada de antemano? Esto será, sin duda, lo mejor: pues de otro modo, sucederá que los presos se queden sin religión --ninguna, ó cuando menos, vacilantes en la que ántes profesaban: porque hoy escucharán una doctrina, mañana oirán la contraria, y no sabrán después á que atenerse: -- Para obviar á este mal, y evitar los abusos que eran ya muy graves, por los cambios de religión en las prisiones, se previó en Inglaterra: que, á su entrada, todos los presos declaren á qué religión pertenecen: que cada cual asista á los oficios de la suya; y que sea instruido en ella por sus respectivos ministros. De estas y otras prerrogativas. Nosotros creemos que el indulto no se debe conceder caprichosamente; pues aunque es una verdadera gracia, su concesión debe fundarse en algún motivo razonable. De no ser así, serviría en muchos casos para sancionar una injustificable impunidad, para desprestigiar la ley y alentar á los criminales con la esperanza de burlarla por ese medio; por el contrario, es justo y saludable emplearlo con sujeción á las prevenciones mencionadas, porque será otro estímulo más para que los condenados se enmienden.

El derecho de indultar es el complemento de la justicia distributiva: porque estimula á los condenados á manejarse bien, á ser dóciles y laboriosos; excita entre ellos una emulación saludable: toma en cuenta á los reos el recobro de sus buenos sentimientos; y recompensa por medio de la reducción á conmutación de las penas á aquellas que por su asiduidad en el trabajo, ó por una buena conducta constante, han dado prueba de un arrepentimiento sincero. ' Así se expresa el preámbulo de una real órden, y dos circulares del Ministerio de justicia de Francia citadas por Bonneville. Este célebre autor añade: que esta es la razón de que aún Estados republicanos, como la Suiza por ejemplo, conserven el derecho de indultar, esencialmente monárquico, como un precioso estímulo para la regeneración penitenciaria y establezcan que la buena conducta de los condenados podrá servir de motivo para la reducción de la pena.

Quando estén ya en práctica todas las prevenciones que tienen por objeto la corrección moral de los criminales: cuando por su trabajo honesto en la prisión pueden salir de ella instruidos en algún arte ú oficio, y con un fondo bastante á proporcionarse después los recursos necesarios para subsistir: cuando en las prisiones se les instruya en su religión, en la moral y en las primeras letras; y por último, cuando nuestras cárceles se conviertan en verdaderas penitenciarias de donde los presos no pueden fugarse, entónces podrá abolir-

se sin peligro la pena capital. Hacerlo ántes sería, á mi juicio, comprometer á nuestra sociedad al extremo peligroso de hacerse justicia por sí misma, adoptando la bárbara ley de linch.

No es esta la opinión de los Sres. Ortega y Lafra-gua, quienes decididamente están por la inmediata aboli-ción de dicha pena. Así es que figuraría en nuestro pro-yecto por ser yo el único que ha sostenido ser neces-a-rio conservarla todavía; á no haber manifestado el Su-premo Gobierno, por conducto de ud. que adopta mi opi-nión, la cual no difiere substancialmente de la mia dig-nos compañeros. Como ellos veo con horror el derrama-miento de sangre humana, y anhelo como ellos vivamente, que desaparezcan de entre nosotros esos suplicios san-grientos; pero á mi juicio no ha llegado ese suspirado-día y todo lo que podemos hacer es trabajar empeñosamen-te, hasta hacer innecesaria la pena cápital. Manifesta-ré los fundamentos de mi opinión.

Los enemigos de ella la tachan de ilegítima, de in-justa, de que no es ejemplar, de indivisible é irrevoca-ble, y por último, de innecesaria, y á la verdad que si tales tachas fueran ciertas, habría que confesar desde-luego, que no debía dudar un día más esa terrible pena; pero semejantes objeciones están muy distintas de la --realidad, y hay en ellas no poco de alucinación.

La de ilegitimidad, que es la más débil de todas, se funda en que no pudiendo los particulares disponer de sus propias vidas, tampoco puede hacerlo la sociedad porque ésta no tiene ni puede tener más facultades que las que le delegan los asociados al constituirla.

Como se ve, esa teoría da por supuesto el contrato social de Rousseau, que si en un tiempo estuvo en boga, hoy es tenido como una quimera, como un sueño, como una fábula. Ya no se busca el origen de la sociedad en un convenio de los asociados, si no en la naturaleza misma el estado social es una necesidad moral del hombre, es un deber que se le ha impuesto para su propia felicidad porque estan inherente á su naturaleza el ser sociables como el ser libre, sensible é inteligente.

Destruida, como está por su base, la doctrina de la ilegitimidad de la pena de muerte, doctrina que hoy está casi abandonada, preciso es buscar en otra fuente el derecho que la sociedad tiene para castigar á los delincuentes; y no se encontrará otra que el derecho que la sociedad tiene para procurar su propia conservación y la de los asociados, empleando para ello todos los medios que sean necesarios dentro de los límites de lo justo. Uno de esos medios es la pena, puesto que no hay otro para hacer efectiva la justicia social, que es un deber; ó en otros términos: el derecho de castigar se deriva de la justicia y la utilidad unidas. Así es que-

la verdadera dificultad que hay que resolver, esta reducida á, averiguar si su imposición es necesaria todavía una vez que no se pueda ya poner en duda, que hay derecho de aplicarla. Pero antes de entrar á este terreno - examinemos las demás objeciones, por ser de más breve - solución.

Una de ellas es la de la pena de muerte es indivisible; y en este punto me hallo enteramente conforme -- con los abolicionistas; más no lo estoy con la consecuencia que deducen. Ellos infieren que en ningún caso debe imponerse el último suplicio; y yo deduzco que no debe prodigarse como antes se prodigaba, aplicándole á toda clase de delitos. Esto sí sería una gran injusticia; porque destruiría enteramente la proporción que debe haber entre la culpa y el castigo, valiéndose de un medio de represión que, siendo verdaderamente extremo, no debe emplearse sino contra delitos de suma gravedad. Más ¿ qué desproporción habrá en aplicar la última pena al autor de alguno de los delitos que menciona el artículo 23 de la Constitución Federal ? ¿ quién podrá decir que hay injusticia en privar de la vida al que cometi6 un asesinato ejecutado con los más refinados crueldad con notoria premeditaciónlevosía y ventaja ? La - indivisibilidad porque no se hace más que aplicar el mayor de los castigos á unos de los delitos que ocupan el lugar más alto en la escala del crimen.

Alguna más famosa hace la calidad que la pena capital tiene de ser irrevocable, pero como además de que esa circunstancia es inherente á toda pena, por estar prohibida la revisión de los procesos en el artículo 24 de la Constitución; yo no alcanzo que haya inconveniente en decapitar á un reo cuando haya certidumbre de que él cometió el delito de que se le acusa. El peligro estaría en condenarlo a muerte en el caso contrario y lo que de ahí se infiere es únicamente; que debe obrarse con mucha mesura, con gran circunspección en la averiguación de los delitos y de los delinquentes que no debe condenarse á nadie á sufrir esa pena terrible, sino empleando en el proceso todas las formas tutelares que son la garantía de la inocencia; y por último, que no debe perdonarse medio, esfuerzo, ni gasto alguno, para apresurar el día en que se pueda abolir para siempre la pena capital.

Objétase también que por no ser ejemplar es inútil y en prueba de ello se alega: que á pesar de su aplicación se continúan cometiendo los mismos crímenes. Pero si eso probara algo, también para proscribir todas las otras penas; pues a pesar de ellas siempre ha habido, hay y habrá delinquentes, mientras no se cambie el corazón humano. Lo posible y lo que el legislador debe únicamente procurar es: que las penas sirvan de escarmiento, si no ha todos los habitantes, sí al menos á un gran número de ellos; y este efecto lo produce la pena-

de muerte en más alto grado que otra alguna, como lo demuestran los criminalistas con multitud de casos y razones de gran peso.

¿ Pero que mejor prueba pueda decir, que a lo acaecido en México en 1861 á la entrada del ejército liberal, y lo que vemos al ocupar con sus tropas esta capital el general Díaz, en junio de 1867 ? En la primera de estas dosechucas, basto ejecutar una mejor docena de criminales para que la seguridad que estaba gravemente amenazada, o restableciera del-todo; no obstante que en pos del ejército vinieran bandas internas de foragidos, alentando la esperanza de entregarse impunemente á todo género de crímenes.

Más felices fuimos el año de 1867: pues sin necesidad de hacer ni un sólo ejemplar, disfrutamos de una seguridad mayor que nunca, á pesar de que el pueblo estaba hambriento y en la mayor miseria, por el largo asedio que acababamos de hacer. Y al que debamos tanta fortuna al bando que se publicó antes de la entrada del ejército, amenazando con el último suplico á los delincuentes y á que estos se persuadieron de que serían --- pronto é irremisiblemente ejecutados, si cometía alguno de los delitos á que el bando se refería. Se ve, pues, que la pena de muerte tiene mayor eficacia cuando su aplicación es indefectible y pronta; y esto explica porqué otras veces no ha dado los mismos resultados. Y ---

¿ no estamos viendo actualmente los buenos efectos de la ley de plagiaros; ¿ No está muy disminuida esa plaga, no obstante que los recursos de amparo han pedido á veces el castigo de algunos, y que esto hace concebir á los otros la esperanza de salvarse, aún cuando sean aprehendidos y condenados ? .

Si la pérdida de la vida, que es el mayor de todos los bienes, no intimida á los criminales, yo no sé como podrán explicarse los inauditos esfuerzos que estos hacen por conservarla, ya embrollando sus procesos, ya implorando indulto, ya pidiendo amparo, y ya en fin, suplicando encarecidamente que se les condene á prisión ó á presidio, como lo han hecho un Benitez y un Ibar, y como siempre lo hacen todos los reos de muerte. ¿ Será porque ésta no les parezca bastante castigo de su delito y prefieran que se les aplique la de prisión como más grave ?

Desvanecida la objeción de que la pena caoital no es ejemplar, veamos si es innecesaria, como dicen los enemigos de ella. El fundamento único de esta aseveración se reduce: á que, por medio de otras penas se puede conseguir no sólo la intimidación, sino lo que es más, la corrección y enmienda de los delincuentes, que no se logra decapitándolos. Si tal cosa fuera posible en las actuales circunstancias, sería yo el primero en

pedir la inmediata abolición de la pena de muerte; pero me parece que se angañan los que tal dicen, y que ofuscado su entendimiento por la vehemencia de sus filantrópicos deseos, no ven la realidad.

Tal vez por esto arguyen dando por supuesto lo mismo que debían probar. En efecto, ¿cuál es esa pena ejemplar, correccional y reparadora, que piensan sustituir a la pena de muerte? ¿Será la de presidio? Esta pena no tiene, ni podrá nunca tener todas esas calidades: porque, sobre ser esencialmente desmoralizadora, no hay hoy seguridad de que se haga efectiva. ¿Será la de prisión? Tampoco, y es fácil demostrarlo con los mismos principios que proclaman los abolicionistas.

La intimidación, dicen, y dicen bien, mas que de la severidad de las penas depende de que ellas sean inevitables, de que se apliquen sin demora y cuando aún esta viva en los ánimos la impresión que causa el delito. Pero si se deja pasar ese tiempo, y se persuaden los malvados de que pueden delinquir sin que sus crímenes se averiguen, ó de que, comprobados que sean, pueden con la fuga ó de otro modo dejar burlada la ley; no podrá ésta infundirles ni el más mínimo temor. Pues bien: ¿no leemos todos los días en los periódicos, partes oficiales de continuas evaciones de presos? ¿No es preciso que las haya, estando las cárceles mal guardadas y no bastante custodia alguna, para impedir que los cabe-

cillas de asonadas saquen de las prisiones á cuántos en ellas se encuentran ? Pues si esto es innegable, no sé como puede haber quien se alucine, hasta el grado de -- creer que los famosos delinquentes se detengan en la -- pendiente del crimen, como el amago de una pena de que podrán librarse fácilmente.

Pero si no es posible la intimidación por el fatal estado de nuestras cárceles y nuestros presidios, lo es menos todavía conseguir en ellas la enmienda de los con-- denados. Para demostrarlo sería muy fácil añadir a lo -- ya expuesto, nuevas y poderosas razones; pero las omito por no cansar la atención de ud, y por parecerme bastante las que expuse ántes, al hablar de los inconvenientes de la comunicación de los presos entre sí.

A pesar de esas observaciones, hay todavía quien -- insista en sostener que debe abolirse desde luego la pena capital, alegando que la Constitución no exige que -- haya verdaderas penitenciarías, sino simplemente que se establezcan el régimen penitenciario; y creen que este puede conseguirse respecto de los que debieron ser condenados a muerte, si se los pone en prisión solitaria -- privados de toda comunicación, como puede hacerse ya, -- por haber unas cuantas piezas en la cárcel de Belen adecuadas a ese objeto. Pero no basta ciertamente, porque -- como dicen Ortolan: 'Mucho se engañaría el que creyese: que con tener el edificio material, que con la prisión-

celular de noche y trabajo en común, guardando silencio, ó con la prisión solitaria de día y de noche, todo se consigue, y se obtiene con cualquiera de estas dos fórmulas el régimen penitenciario; por el contrario, podría suceder que resultara la base de una de las más abominables penas de prisión. En efecto: esas fórmulas no se dirigen sino á uno solo de los puntos que debe abrazar ese régimen, la comunicación; y ya sabemos que hay otros muchos que reglamentar, ya sea el cuento al tratamiento físico, ya en cuanto al tratamiento moral, y ya en lo concerniente a las medidas de transición, es decir, á las que tienen por objeto preparar á los reos para que puedan pasar de la prisión a la sociedad, sin peligro de una recaída.

Nada de eso se logra con tener algunos aposentos separados en una mala cárcel, ni con poner á unos cuantos reos en prisión solitaria. Hacerlo así sería, además, una crueldad suma: porque encerrar á un hombre en un calabozo, sin proporcionarle instrucción ni ocupación alguna, es condenarle á la soledad más espantosa, es entregarle á la desesperación y acaso á la demencia.

Ninguna fuerza tiene contra lo expuesto hasta aquí el hecho de que en algunas naciones esté ya proscrita la pena capital: en primer lugar, porque no ha pasado el tiempo suficiente para poder decir, con toda seguridad, que esta medida ha producido los buenos resultados

que de ella se prometían; pues varias de esas mismas naciones han dado otras veces ese paso en la vía del progreso, y han tenido que retroceder á poco tiempo, forzadas por la necesidad. Así ha sucedido con la Toscana y la Alemania, si damos crédito á lo que dicen Bonneville y Simonet. En segundo lugar: porque si la medida de que se trata, tal vez no presenta graves inconvenientes en naciones antiguas, de pequeño territorio, bien pobladas con buenas prisiones y que han gozado de una larga paz; si puede ser muy peligrosa en una nación como la nuestra, despoblada, montuosa, con pésimas cárceles, con una policía todavía imperfecta, que ha estado en guerra continua por espacio de sesenta años, con su industria y su comercio abatidos, y en momentos en que comienza á restablecer la seguridad. Yo creo que en vista de estas circunstancias no se atreverían á abolir en México la pena de muerte, ni los mismos legisladores que han creído poder hacerlo sin peligro en sus propias naciones; porque no siendo absoluta la necesidad de conservar esa grave pena, sino relativa al Estado, costumbres é instituciones de cada país, es inconcuso que, si en algunos pudiese proscribirse sin riesgo, será en otros preciso conservarla provisionalmente como una áncora de salvación.

En este último caso se halla nuestra patria y por más que tratemos de hacernos ilusiones, es necesario -- confesar: que se comprometería altamente la seguridad --

pública y privada, si la pena de muerte se aboliera del todo, sin tener establecido para sustituirla el sistema penitenciario que es el único, sin duda, con que pueden alcanzarse los dos grandes fines de las penas, el ejemplo y la corrección moral. Pero también es preciso convenir en que sería una iniquidad dejar vigente dicha pena, y no hacer desde luego los mayores esfuerzos para lograr cuanto antes que sea innecesaria su aplicación.

Cuando no se emplea medio alguno para la corrección moral de los condenados: cuando solo se procura la intimidación por medio de la severidad en el castigo, y éste se llega a ejecutar; en vez de enmendarse el que los sufre, solo respira ódio y rencor contra los que los condenan. Si, por el contrario, la pena no llega á hacerse efectiva y logra burlarla, entónces. Pero ¿ cómo no han de inspirarle respeto aquella y éstos, -- cuando ven que se le castiga sin saña y que no se trata de satisfacer una venganza, sino de hacerle el bien, de proporcionarle recursos de que subsistir, de instruirle, de moralizarle y de volverle á esa misma sociedad -- que le había arrojado de su seno ? ¿ No vera en esto la tierna solicitud de un padre ? ¿ No se resignará entónces á sufrir sumiso la pena, como una consecuencia justa de su delito ? ¿ No procurará corresponder á estos gaceros y hacerse acreedor, con su buena conducta, á que se modere el castigo que se le había impuesto ?

Poner los medios para lograr este noble fin, es lo que, á mi juicio, aconseja la prudencia: lo que me parece más conforme á lo prescrito en el ya citado art. 23- de la Constitución federal; y lo que yo he procurado al proponer los artículos adoptados por la Comisión, que se refieren á la reclusión y prisión, á la instrucción- que debe darse á los reos, á su fondo de reserva, á la- retención por su mala conducta á su libertad preparate- ria; y en suma, todas las prescripciones del proyecto - que tienden á la corrección y enmienda de los condena- dos.

Entre tanto, lo único que puede hacerse es ir redu- ciendo gradualmente á menor número los casos en que se- aplique la pena de muerte, como aconsejan los crimina- listas modernos y se propone en el proyecto; pues ade- más de dejarse enteramente expedida la facultad de in- dultar á los condenados á ella, se consulta que no se- imponga nunca á los mayores de 70 años; á los menores - de diez y ocho: á las mujeres: á los que delinquen ten- niendo alguna de las circunstancias atenuantes de cuar- ta clase, ó otras que reunidas tengan el valor de una - de aquellos; ni cuando hayan pasado 5 años, contando de sde el en que se comitió un delito por el cual debiera- aplicarse.

Hé ahí las principales razones en que descansa mi- opinión, que bien puede resumirse en estas breves pala-

bras de Carlos Lúcas, autor laureado, y uno de los más distinguidos escritores sobre el sistema penitenciario: ' Sea cual fuere el talento de los hombres ilustrados - que defiende la subsistencia de la pena de muerte, no podrán luchar largo tiempo contra la irresistible fuerza de la civilización cristiana, que debe borrar de nuestros códigos criminales esa última huella del Talión. La causa de la abolición de la pena de muerte, esta ganada ya para el futuro, si apoyandose en el progreso de la razón pública, en la dulcificación de las costumbres y en el desarrollo de la reforma penitenciaria, se libra de la temeridad de los impacientes. '

La ejecución de esta importantísima reforma toca al gobierno, quien se apresurará, sin duda, á formalizar la iniciativa conveniente para el establecimiento de una penitenciaría digna de la capital de la República. Se tropezará tal vez, como se ha tropezado hasta hoy, con las escaseces del erario; pero esta dificultad no es tan grande como parece, pues el gasto total no ha de hacerse de una vez sino por partes y en algunos años. Además cuando el Congreso ha decretado tantos y tantos gastos para mejorar materiales, ¿ no sería un aprobio para México, alegar la falta de recursos para desatender una mejora moral de tanta transcendencia, como la que se alcanzaría reformando las prisiones, cuando ya en algunos Estados está casi al realizarse esa reforma? Esa misma penuria se alegó por mucho tiempo en ---

Francia, con el mismo objeto; y sin embargo, el gran ministro Necker no dejó de hacer por esto los gastos necesarios para mejorar las prisiones, cabalmente en época en que la Francia se hallaba empeñada en una guerra, como lo acredita el documento que inserta el Sr. Lardizábal en su citado Discurso sobre las penas.

Para hacer otro tanto aquí tendrá el Gobierno un e auxilio no despreciable, en las cantidades que en nuestro proyecto se destinan al erario y á la mejora de las prisiones, de lo que produzca el trabajo de los presos. Mas para contar con ese recurso, es de todo punto indispensable, que, sin pérdida de tiempo, se establezcan en las cárceles los talleres necesarios; los cuales, además de proporcionar al gobierno grandes economías en el gasto de vestuario para la tropa y de otros objetos, comenzarán á introducir entre los encarcelados el hábito del trabajo y la moralidad, que hoy ni se conocen en esos establecimientos. En ellos, se ven aglomeradas, confundidas y en completa comunicación personas de todas edades: el ladrón ratero y el salteador en cuadrilla; el reo de simple riña y el asesino: el hombre honrado que en un momento de pasión ó ceguedad cometió una falta, y el facineroso: los criminales ya condenados y los inocentes á quienes se está procesando. Entregados todos á una absoluta ociosidad, son actores ó testigos de las escenas más vergonzosas y repugnantes, y no escuchan sino el relato de espantosos crímenes, ó los pla-

nes y proyectos de otros nuevos. Allí no hay más títulos á la consideración que la desvergüenza, el descaro, la osadía; y aquellas turbas de malvados se complacen en hacer víctimas de su brutalidad y en arrancar todo sentimiento de honor y de virtud, á todos los que no están aún tan corrompidos como ellos.

¿ Y podrán dejarse las prisiones en ese lamentable estado? ¿ Prescindirá el legislador de procurar por todos los medios la enmienda de los culpables? No lo teme la Comisión, porque sería una negligencia reprehensible seguir autorizando penas deprabadas, que son una iniquidad contra el reo á quien se imponen; una calamidad contra el interés común; una monstruosidad en derecho penal; un veneno y no un remedio para la sociedad; un medio de propagar el mal y no de cortarlo. Si tal sucediera, valdría más, la abolición de toda pena, y facultar á los ciudadanos para hacerse justicia por su mano.

Ya que se trata de la reforma de las prisiones, permítase á la Comisión de Código Penal hacer dos observaciones, innecesarias sin duda, atendida la notoria ilustración de ud. C. Ministro, pero no inútiles. Es la primera: que la elección y desarrollo de un sistema penitenciario son puntos de gran dificultad, sobre los cuales se han escrito muchos volúmenes, y que han ocupado tanto la atención de los gobiernos que han abierto -

concursos, ofreciendo premios nombrando diversas comisiones para su examen y enviado hombres eminentes á estudiarlos prácticamente en otras naciones; y sin embargo, si la Comisión no se equivoca, cuando se ha pensado aquí en edificar una penitenciaría, no se ha hecho más que encargar á uno ó más arquitectos de la formación de los planos, dejándoles la resolución de las más graves cuestiones de derecho penal. ¿ No sería, pues, conveniente que el Supremo Gobierno formase desde luego una comisión de hombres ilustrados, y que elegido con su dictamen un sistema, se apelara después á los arquitectos para que ajustándose á aquel, presentaran sus trabajos?

La segunda indicación es: que ántes de ahora se ha tenido como despreciable el empleo de alcaide de cárcel y no se han exigido para servirlo otras calidades, que las de ser hombre severo, duro y de valor probado; y en verdad que son bastantes para lo que han tenido hasta hoy que hacer; pues su obligación se ha reducido á evitar la fuga de los reos y las riñas y motines en el interior de las cárceles. Pero si se ha de emprender la reforma radical de éstas y de las de más prisiones, si se ha de procurar la regeneración moral de los condenados; será absolutamente necesario elegir para guardianes de ellas hombres medianamente ilustrados, severos, pero afables y prudentes, de rectitud y energía, y que tengan vocación para acometer con fé y con gusto la difícil tarea de engendrar, en delincuentes corrompidos,-

sentimientos de órden, de honradez y de virtud; porque sin la eficaz e inteligente ayuda de hombres de esa clase, será imposible conseguir un fin tan santo y filantrópico, que todo gobierno debe proponerse como un deber.

Antes de formular su sistema penal, meditó la Comisión: si tendría que limitarse á proponer uno que pudiera realizarse desde luego en las actuales prisiones, y que necesariamente debía ser defectuoso; ó si proponía el que á su juicio fuera mejor aún cuando para ponerlo en ejecución se necesitará de algún tiempo y erogar gastos de importancia.

Pero se decidió por este último extremo: ya porque de otro modo sería muy poco lo que se conseguiría con hacer un nuevo Código Penal, y ya porque los inconvenientes que podía haber, se evitarían muy fácilmente dictando una ley provisional, que explicara el modo de llenar los vacíos que por lo pronto resultarán como se ha hecho en casi todas las naciones que se han dado nuevos Códigos.

Si se adopta el que la Comisión propone, habrá por ahora imposibilidad de tener en separación á todos los reos, como es conveniente hacerlo; pero entretanto se construye una penitenciaría, acaso convendrá poner en absoluta incomunicación á los condenados; al comenzar á

sufrir su pena, y por un tiempo proporcionado á la duraci3n de ésta á formar de los reos diversas clases, segun la conducta que tengan y su mayor ó menor enmienda, poniendo á las de cada clase en un mismo aposento, y á aplicar todas las demás reglas que la Comisi3n ha consignado sobre atenuaciones y agresiones, sobre el fondo de reserva de los presos, y sobre su libertad preparatoria.

En cuanto á los establecimientos para reclusi3n de juvenes, tenemos ya el de la Tecpam y el hospicio de pobres que, con cortas variaciones, podran adaptarse al objeto que en nuestro proyecto proponemos.

Fácil ser4 también formar un prisi3n para los reos de delitos politicos y de imprenta en la parte del exconvento de la enseanza que, para el indicado objeto que, se separó cuando estuvo á mi cargo el Ministerio de Justicia, que hoy desempeña Ud, dignamente. Esto, sin perjuicio de que el Gobierno designe la fortaleza á que hayan de ser destinados los delincuentes politicos, en los casos que así lo prevenga la ley.

Para de muy poco serviran todas las medidas mientras no exista un buen C3digo de procedimientos criminales, y otro penitenciario que reglamente todo lo concerniente á las prisiones: porque estos dos C3digos y el Penal constituyen verdaderamente la legislaci3n represiva.

va, y son íntimamente conexos entre sí que faltando uno de ellos queda trunco al todo que debe formar. Creemos por lo mismo que se deben nombrar otras dos comisiones: una para que, estudiando los diversos sistemas penitenciarios que hay, propongan el que debe adaptarse y forme un Código de penitenciarías en que se reglamente el trabajo, instrucción y educación de los presos, la distribución de lo que éstos ganen, la formación de su fondo de reserva, la junta directiva de penitenciarías y las protectoras de presos y todo lo demás relativo al régimen interior de las prisiones; y otra comisión que se encargue de hacer un Código de procedimientos criminales, en el cuál se desarrolle al mismo tiempo alguno de los principios que establece el código penal que necesitan reglamentarse, como la retención, la libertad preparatoria.

Temo haber ocupado la atención de Ud, más de lo necesario para que el Supremo Gobierno comprenda fácilmente adaptado por la comisión; sin embargo, no puedo excusarme de hacer á Ud, para concluir la siguiente observación.

Nuestro libro lo contiene todos los principios y reglas que son fundamentales, y que han de aplicarse -- después en los libros subsecuentes del Código. Por lo mismo, proceder á la formación de estos antes de que se adapte definitivamente aquél ó de que se le hagan las -

reformas y enmiendas que el Gobierno y el congreso estimen necesarias, sería edificar sin simientos, y verse después en la necesidad de destruir todo lo que se hubiera edificado. Cree, por tanto, prudente, la Comisión no suspender el estudio; pero sí la redacción de los libros que faltan, hasta ver cuál sea el éxito del trabajo que ahora presenta.

Muy distante se haga la Comisión de creer que aquél deje satisfecha la espectación del Supremo Gobierno; -- por el contrario, conociendo su pequeñez los individuos que la formen, y la suma Dificultad de la obra que se les ha encargado, temen haberse alejado mucho de la perfección, á pesar de haber puesto la mayor de dicación y estudio por alcanzarla. ; Ojala y sus esfuerzos puedan , de algún modo, contribuir á satisfacer la premiante necesidad que hay de tener una legislación criminal en armonía con la civilización de la época, y tan clara y sencilla que esté al alcance hasta de las últimas clases de nuestra sociedad. He ahí el único fin que se ha propuesto la comisión en sustrabajos.

México, Noviembre 6 de 1869.

ANTONIO MARTINEZ DE CASTRO. (3)

(3).- Proyecto de Código Penal para el D.F. y territorio de la baja California. J. S. Ponce de León, Impresor. México. 1871. pp. III a XLIV.

En el Código Penal de 1871 con la comisión integrada por los Lics. Antonio Martínez de Castro (secretario de Instrucción Pública), José María Lafragua, Mariel Ortiz de Montellano y Mariel M. Zamacona, inspirados en la escuela Clásica se crea el C.P. al cual se le da la denominación de Código Ménez. de Castro, el cual tuvo una vigencia de cincuenta y ocho años, y del cual sus bases fueran "el libre albedrío, justicia, ejemplaridad y corrección" (4)

Se le cataloga entre los que podrían llamar códigos clásicos en consideración a que fue redactado de acuerdo a las costumbres y lineamientos sociales de la época en la que fué redactado.

Es la base fundamental para la creación de los Códigos que le sucedieron, siendo la más notable en el C.P. de 1929. Las figuras delictivas en éste código son escritas con amplitud, observando más las características del delito que la de los delinquentes para la aplicación de las penas.

El delito de violación en el Código de 1871 se encuentra tipificado en el capítulo de los delitos contra el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres, siendo que el bien jurídico que tutela es la

(4).-Cazrancá y Trujillo, Raúl. Principios de Sociología Criminal y Derecho Penal. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. México 1955. pag. 160.

libertad sexual de las personas, como con posterioridad lo establezcan los códigos de 1929 y 1931 se le da en es te código un toque diferencial considerandola como una - causa agravante la cópula realizada contra el orden natural.

Regula el delito de violación en ocho artículos que van del 795 al 802 señalandose en los dos primeros que - es lo que debe entenderse por violación simple.

La penalidad de el delito de violación es de 6 años y una sanción pecuniaria considerandose además impúberes a las personas que tuvieron 14 años, a diferencia de el- actual fija 12.

En los artículos subsiguientes se definen las cau- sas en las que procederá la acumulación, así como en los que la pena será incrementada.

Es trascendente el último artículo a que hace men- ción el citado texto, en el cual se señala que en el ca- so de que muera. La víctima como resultado del ataque se xual, se aplicara el artículo referente a la violación, - agravando la pena, en consideración a la calificativa, - creandose así, como primer fundamento y bien jurídico tí tulado primordial la vida, por lo que se sancionaba tan- to la violación con la calificativa física y muerte de - la víctima, más el delito de homicidio.

Es natural que por ser el primer ordenamiento penal tuviese algunas fallas en consideración a la época en la que fúe redactado u las reglas morales que en tal tiempo imperaban, sin embargo su trascendencia es notoria por -- implantar un orden en el caos en el que se hallaba en -- ese tiempo la legislación penal.

I.- SOBRE LA DEFINICION DEL DELITO:

El Delito siempre ha constituido una amenaza para la sociedad, sin importar el tiempo y el lugar, pues es dañino a su existencia y conservación.

El ser humano ha tratado siempre de definir los -- conceptos que le preocupan por la necesidad de utilizar fórmulas más simples de trabajo.

La definición del delito hace al ser humano recurrir a las raíces más profundas de la cultura en su momento y lugar geográfico y lo ha logrado ciertamente, - aunque con las limitaciones propias, también relacionadas con el tiempo y el espacio.

Así que el delito ha sido entendido como una valoración jurídica ya sea apreciándolo objetiva o subjetivamente.

En los albores de la civilización, existía el castigo a los hechos objetivamente dañinos, no existiendo por lo tanto una distinción entre los hechos humanos y los de la naturaleza, fué tiempo después cuando existió una diferenciación entre los hechos realizados por el -- ser humano y los de las bestias y los ocurridos por motivos naturales, estableciéndose una delimitación subjetiva del hecho dañino a la sociedad humana, y aplicando

la sanción, sólo a los hechos realizados por los hom--
bres.

En cuanto al delito existe una gran diferencia entre la perspectiva que le da cada una de las ramas del conocimiento, ya de tal forma que la filosofía lo entiende como un deber, como la observancia de un deber necesario para el mantenimiento del orden social cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal.

La sociología entiende al delito como la acción antisocial y dañosa.

Sin embargo, en la doctrina encontramos diseminados los diferentes conceptos acerca del delito, y diversos autores realizan una serie de definiciones-avocándose a concretizar los elementos que a cada uno de ellos, le parece más sobresaliente, por lo que se hace un breve bosquejo de cada una de las definiciones que han dado los estudiosos del derecho penal. Respecto al concepto de delito Edmundo Mezger lo define como: "... Una acción típica, antijurídica, culpable, subsimible, bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad ... ". (1)

Es Carrará quien siempre con su punto de vista pro

(1).- Edmundo Mezger.- Tratado de derecho Penal, I, p - 259, Ed. Reus, Madrid 1427, Trad. Luis Jiménez de Asúa.

fundo y crítico en el campo de lo jurídico quien define al delito 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 ...". (2)

Dentro del estudio del concepto de "Delito", encontramos que la afinidad de pensamiento jurídico de ciertos autores, dió lugar al nacimiento de Escuelas, la positiva y la escuela clásica, dentro de la primera, encontramos como de sus exponentes más importantes a Rafael Garófalo, quien señaló definiendo al "Delito como: "... una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad ...". (3)

Y del concepto vertido por la escuela clásica, ya se ha hecho referencia al concepto vertido por Carrárasobre este punto.

Doctrinalmente para establecer el concepto de Delito, la dogmática ha ocurrido a dos criterios: la concep

(2).- Carráras, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal, Ed. Témis, Bogotá, 1956, pág. 21

(3).- Pavón Vasconcelos, Francisco.- Derecho Penal Mexicano, pág. 163. Ed. Porrúa México D.F. 1987.

ción unitaria o totalizadora y la analítica o atomizada.

Los autores que se afilian a la concepción unitaria del delito, ve al delito como una pieza concreta, - como " un bloque monolítico " es para ellos el delito - un todo, el cual no se puede dividir y debe ser estudiado por consecuencia como un universo imposible de escindir.

Por su parte la concepción analítica ó atomizadora concibe al delito como ente capaz de ser estudiado en - partes, pero sin perder su carácter de elemento universal, en el cual sus componentes si pueden ser estudiados independientemente, no pierden relación entre sí, - ya que la conjunción de todos ellos, es lo que da lugar a la concepción real del delito.

Es así como a este respecto Jiménez de Asúa señala : " que sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción o la omisión sancionadas por las leyes " (4)

Existe otra concepción sustentada por Rodríguez Muñoz y denominada "sintética" Por Blasco y Fernández de Moreda, misma que señala Ballvé, debe con más propiedad

(4).- Jiménez de Asúa, Luis. " La ley y el delito. " - pag. 255, Ed. Hermes, 2a Edición 1954.

llamarse "eclectica", opinión que compartimos en consideración a que es la conjunción armónica de ambas corrientes.

Dentro de la concepción atomizadora del delito, encontramos que puede ser estudiado a partir de dos elementos, concepción a la que se le da el nombre de dicotómica ó bitómica, tritómica, de tres elementos, también se le denomina triética, tetratómica, por cuatro, pentatómica por cinco elementos, hexatómica de seis y la heptatómica formada por siete elementos, mismas que pueden ser estudiadas con elementos diferentes.

Más es así que siendo tantos y variados los caminos que se pueden elegir para conceptualizar el delito, debemos en estricto Derecho, abocarnos al estudio de éste, por medio de la dogmática. Nuestro Código Penal, define al delito como: "el acto u omisión que sancionan las leyes penales." (artículo 7o) (5) .

La definición vertida en nuestro Código Penal, es innecesaria por no aportar utilidad alguna, además de ser una definición estrecha y sumamente pobre en apreciaciones jurídicas trascendentales, observándose en la misma, el que se trata de una síntesis incompleta.

(5).- Código Penal para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República en materia Federal. México D.F. página . Editorial Porrúa Edición 1989.

Debemos por otra parte de entender al delito dentro de la concepción atomizadora, ya que es la forma en la cual el estudio del mismo se encuentra reforzado.

La opinión que en mi criterio, es la más acertada, es la que define al Delito como: "la conducta o hecho - típico, antijurídico, culpable y punible" . (6) .

Tal opinión es vertida en la presente Tesis, en -- consideración a que la solución analítica es la más amplia y da mayores posibilidades para el estudio serio - del Delito y la de más idónea aplicación, al tratar de estudiar cada una de la figura delictiva en particular.

Es esta concepción, surge a su vez el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del delito, los cuales como hace referencia el, quien acepta la tesis heptatomica es el Maestro Celestino Porte Pettit-Candaudap que señala que son: (7)

O	Conducta o hecho:	artículo 7o del Código Penal y núcleo del tipo respectivo.
O		
N	Tipicidad:	Adecuación a algunos -
C		de los tipos penales.
E		

(6).- Pavon Vasconcelos, Francisco Op.cit.pág. 2

(7).- Porte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte General del Derecho Penal". Página 203 Editorial Porrúa. Duodécima edición. México D.F. 1989.

P C I D O E N L D T: O O G L A N T I C A D E L E C T O	I S O S I T I V O	P O S I T I V O	P O S I T I V O
	Antijuridicidad:	Quando habiendo tipicidad, no existe una causa de justificación o licitud.	
	Imputabilidad:	Quando no ocurre la -- excepción a la regla -- de incapacidad de culpabilidad (artículo 15 fracción II del Código Penal) Es decir que existe capacidad de culpabilidad.	
	Culpabilidad:	Quando exista reprochabilidad.	
		Condiciones objetivas de punibilidad cuando las requiere la ley.	
	Punibilidad:	Artículo 7º del Código Penal y la pena señalada en cualquier tipo penal.	

Una vez definido el Delito desde el aspecto dogmático, es pertinente que se observe en su aspecto negativo, mismo que debe ser estudiado para obtener el conocimiento totalizador del Delito.

Observando que para el estudio de nuestra materia, y en virtud de que se estudiarán más adelante cada uno de sus elementos tanto positivos como negativos, me permito, presentar un cuadro sinóptico de delito en su aspecto negativo, mismo que también es presentado por el-

maestro Porte Petit en el libro ha que se hizo referencia anteriormente.

A) Ausencia de conducta Art. 7o del Código Penal interpretado a contrario-sensu y el art. 15 fracción I.

B) Atipicidad Cuando no haya adecuación a algunos de los tipos previstos por la ley.

C) Causas de Justificación Legítima defensa- (Art. 15, frac. - II) Estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor entidad). (Art. 15-frac. IV). Ejercicio legítimo de un derecho (Art. 15, frac. V).

C
O
N
C
E
P
C
I
O
N

D
D
O
G
M
A
T
I
C
A

D
E
L

Deber en forma legítima (Art. 15 frac. V) Impedimento legítimo - (Art. 15 frac. VI II). Obediencia jerárquica, en su caso Art. 15, frac. VII).

D) Inimputabilidad Cuando concorra alguna de las hi-

A
S
P
E
C
T
O

pótesis prevista-
en la frac. II --
del Art. 15 del -
Código Penal.

E) Inculpabilidad

Error de tipo (Ar
t. 15-XVI)

Error de licitud-
Art. 15-XI)

**F) Ausencia de Condiciones
objetivas de punibili-
dad.**

Cuando falte algu
na de las Condi--
ciones objetivas-
de punibilidad e-
xigidas por la --
ley.

G) Excusas absolutoria

Artículos 138 y -
375 del Código Pe
nal. señalados por
algunos autores.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO:

Referente a la configuración de este primer elemen
to objetivo de la conducta, debemos establecer la defi
nición de lo que se debe de entender como hecho, acción
o cualquier otra denominación que se le da a la manifes
tación de los deseos del sujeto activo, debiendo encuadrar
de la forma más precisa posible, cual de las deno
minaciones es la más conveniente, y con la que nuestro
lenguaje jurídico-penal, es más técnico y preciso.

SUJETO ACTIVO:

El sujeto activo, es el elemento ~~sin~~ qua non del tipo, ya que no podemos concebir que pueda existir un tipo sin sujeto activo, debiendo entender como suje to activo, el que interviene en la realización del deli to como autor, coautor o cómplice.

SUJETO PASIVO:

Es el titular del bien jurídico protegido por la Ley, por lo general el sujeto pasivo es diferente o independiente del objeto material, pero en algunos casos existe identidad entre ambos, el sujeto pasivo en todo delito tiene una doble connotación, en consideración a que en cada caso concreto, existe un titular del bi en jurídico tutelado, sin embargo también en todo caso, el Estado se erige como sujeto pasivo de la agresión del sujeto activo, por lo que se da una doble significación a la connotación del sujeto pasivo.

Debemos entender que en todo caso concreto el sujeto activo es el que realizara la acción o la omisión, y existirá siempre un sujeto pasivo que sufra la agresión, ya sea en sí mismo (cuando existe identidad entre sujeto pasivo y objeto material), o sólo en el objeto material de su propiedad, o sobre el cual la Ley le da un derecho.

CONDUCTA:

La conducta, tiene como primera problemática la de establecer lineamientos certeros, entre lo que se debe de entender como hecho, y lo que se debe de entender como acto.

Estableciéndose entre el hecho, una confusión con el mismo delito, así al estudiarse independientemente del concepto de delito, una connotación deversa a la que es su propia naturaleza jurídica.

Por lo tanto debemos entender que dentro de la vida forense, se entiende al "Hecho", desde un sentido amplio y otro sentido restringido, entendiéndose dentro de los primeros mencionados al "hecho" como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la norma, y referente al sentido estricto, debe entenderse como el que se refiere solamente a los elementos materiales del tipo.

Pannain señala que debemos de entender por hecho: "...al delito en el conjunto de sus elementos tanto objetivos como subjetivos ..." (8)

La anterior definición ha sido aceptada por la mayoría de los autores, por lo que es importante hacer mención a la trascendencia que tiene en el momento del-

(8).- Pannain Remo. Manuale di Diritto Penale, Torino, 1950, pág. 171.

estudio del primer elemento objetivo del delito, el --- cual se configura por el hecho, ya sea en su concepción amplia, confundida por la generalidad de las personas -- por el delito mismo, así como en su sentido particular de integrante de la configuración atomizadora del delito, por lo que se debe dejar por sentado la trascendencia que tiene en la prelación lógica del delito, ya que para que el delito nazca, como se debe entender en el - inter criminis, debe existir necesaria e indubitablemen te la exteriorización de la conducta, ya sea esta en un hacer o en un no hacer, lo cual trae como consecuencia una realización en el mundo exterior existiendo por le- tanto un elemento físico o material.

La exteriorización de la conducta criminal en "he- chos" concretos, trae como consecuencia lógica y neces^a ria, que se puede realizar por el agente del delito, -- una acción o una omisión, así el delito tiene la posibi lidad de realizarse de estas dos formas, por lo cual la caracteriología que debe llevar implícita la concepción debe ser precisa.

Como primer paso, determinado así los conceptos y- a la luz de lo anteriormente manifestado, es incorrecta la denominación de acción a la exteriorización de dicha determinación criminosa, ya que no siempre se manifesta rá através de una acción, pues puede ser realizada a -- través de la no acción u omisión de acción.

A la luz de la doctrina se han establecido por diversos autores, concepciones dentro del ámbito de la conducta en su elemento objetivo, confundiendo a la acción con la conducta misma, sin hacer distinción de sus formas de manifestación incluyendo en ella tanto a la acción como a la omisión lo cual es totalmente incorrecto, para el maestro Porte Petit, el término más correcto es conducta o hecho argumentado:

"Consiguientemente, la conducta consiste en un hacer voluntario o en no hacer voluntario o involuntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe de entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin. - Por lo tanto la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción.

Dentro del término conducta quedan comprendidas la acción (hacer) y la omisión (no hacer) ya Antolisei explica: "La conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer o un no hacer. En el primer caso tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión (llamada igualmente acción negativa)" (9)

Por lo tanto para el maestro Porte Petit, queda im

plicita la idea conceptual de hecho, ya que como señala se establece una similitud tajante entre conducta y hecho, estableciéndose así la prelación lógica jurídica dentro de la teoría del derecho.

Para Jiménez de Asúa la expresión acto es la más aceptada en consideración a que señala, el hecho implica una idea demasiado genérica, ya que implica en sí -- cualquier acontecimiento ya sea nacido de la naturaleza o por la voluntad dirigida el hombre. Así como el autor señala que el acto implica al hacer y el no hacer (acción, omisión).

La denominación acontecimiento o acaecimiento, son utilizados inadecuadamente por Mayer, ya que no se observa en los mismos manifestaciones de voluntad. Y un acontecimiento puede tener un origen suprahumano.

Matación en el mundo exterior, es una terminología totalmente errónea en consideración a que en el mundo jurídico la conducta desplegada por el agente, no trae siempre un cambio en el mundo exterior, ya que como se estudiara más adelante en la teoría del delito, y en su primer elemento objetivo la conducta puede manifestarse en un no hacer implicando de tal forma dentro de la misma delitos de simple peligro y los llamados delitos de mera conducta, debiendo por lo tanto establecerse una terminología distinta para los delitos de resultado ma-

terial.

La Constitución General de la República, para la definición o tipificación de las conductas alude a la palabra hecho como es en el Art. 14 en donde señala "... Nadie podrá ser privado de la vida... y conforma a las leyes expedidas con anterior al hecho...". El Art. 16 señala: "... No podrá librarse... , acusación o que rella de un hecho determinado que la ley castige con pena corporal... ". Y el Art. 20 menciona: "... Se le hará saber en audiencia pública... El hecho punible... "

(10)

El Código Penal menciona también la locución de hecho y es así que los artículos 90., 15, fracc. 10a., 36, 49, 86, fracc. II, 90, fracc. VIII, 227, 247, fracc. II 286, en los cuales se advierte por lo tanto, que el legislador hace la conceptualización del primer elemento objetivo del ilícito a la palabra hecho. Y no acto o conducta en consideración a que estas tienen una connotación muy restringida y no satisfacen en su totalidad la idea implícita que conlleva la denominación de delito el cual puede realizarse por una acción o una omisión. siendo así que el legislador usa la más adecuada (hecho) para no incidir en error al momento de que se presente el caso concreto.

(10).- Cuello Calón. Derecho Penal. I, p. 319, 12a. edición, Barcelona 1956.

FORMAS DE LA CONDUCTA:

La determinación criminal, puede ser manifestada - por el agente de diferente forma, así es como se puede observar en la tipificación de dichas conductas, estas manifestaciones externas pueden adoptar las siguientes formas , a) acción, b) omisión, esta última se divide: - 1.- omisión simple, 2.- omisión impropia o comisión por omisión.

La acción.- La acción implica la exteriorización del la idea del agente, a través del movimiento corporal que implica el dominio sobre el cuerpo a través de la voluntad o un no hacer o inactividad, implicando esta segunda mencionada en una voluntad dirigida a un resultado que será ejecutado con su no hacer. Para Cuello Calón ... "la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultante" es la acción en sentido amplio. (11)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido respecto a la conducta que esta debe entenderse como el comportamiento corporal voluntario.

La acción lleva implícitos dos elementos uno físico (que es la manifestación externa, observable por los

(11).- Cuello Calón. Derecho Penal, I, p. 319, 12a. ed. Editorial Temis, Barcelona 1956.

sentidos) y un elemento psíquico de la misma (la voluntad de la gente).

Para los diferentes autores es distinta la esquematización de los elementos de la acción, para unos son: - la voluntad o el querer, la actividad y el deber jurídico de abstenerse, para otros los elementos de la acción son: una actividad o movimiento corporal y la voluntad o el querer realizarla.

De esta segunda mencionada se desprenden diversas fases a saber: 1.- La concepción; 2.- La deliberación; - 3.- Determinación; 4.- La ejecución, es esta última la voluntad que acompaña a la actividad misma inmiscuyendo dentro de ella el contenido psíquico de la conducta, a ese proceso se le llama *iter criminis*.

El sujeto al actuar por su voluntad y realizar ya sea delitos de acción o de omisión siempre tendrá en mente el violar una norma prohibida como lo señala la fundamentación teleológica del delito, por lo tanto en los primeros es decir en los delitos de acción se viola una norma prohibitiva y en los segundos una norma preceptiva, tales normas siempre tendrán una naturaleza jurídica penal.

La omisión.- La omisión es la forma negativa de la conducta, es el no hacer voluntario frente al deber que

ordena la norma penal. Es trascendental en este momento que se estudia la omisión, el señalar que la voluntad del agente es de suma importancia, ya que no todo no hacer se encuentra tipificado ni puede ser abarcado dentro de la concepción dolosa del delito, por lo tanto la voluntad del agente debe ir dirigida a la no realización de lo que ordena la norma, la omisión debe tener implícita una acción que se esperaba.

La omisión al igual que la acción tiene elementos que la caracterizan; dichos elementos son para Cuello - Calón: a).- Voluntad, b).- Conducta inactiva o inactividad c).- deber jurídico de obrar. Para el Maestro Porte Petit los elementos de la omisión son:

- a) Voluntad o culpa.
- b) Inactividad o no hacer
- c) Deber jurídico de obrar, y
- d) Resultado típico. (12)

Mezger señala: " Aún el delito de omisión propio puede cometerse, según las circunstancias dolosa o culpablemente. En algunos casos de delitos culposos de omisión, se pone de manifiesto que, para que se realice un delito de omisión propia, no sólo no es necesaria actividad alguna, sino tampoco voluntad alguna. Pero aquí tampoco se trata de un simple no querer sino, como de -

costumbre, de un "no querer algo" (13) .

Dentro de los delitos de omisión debemos hacer la diferenciación entre omisión simple y los de comisión por omisión.

La omisión propia o simple es aquella en la cual no existe mutación en el mundo externo, obteniéndose un resultado puramente jurídico o típico, violándose únicamente una norma preceptiva penal y es en esta omisión simple la que integra el delito, siendo que la omisión es la inactividad voluntaria o culposa que viola la norma que ordena que se haga. Se encuentra implícito el deber jurídico de obrar y es así que la esencia de la omisión es un no hacer que implica haber omitido la realización de una acción que se exigía. Dicha omisión voluntaria implica una acción esperada en el mundo jurídico debe ser exigible, si era exigible al sujeto del delito que obrara de tal o cual forma y lo hizo, viola la norma penal; pero si esa omisión no tenía implícito un deber jurídico de obrar no puede ser penalmente reprochable o exigible a quien se imputa ya que en los delitos de omisión simple la acción esperada debe estar implícita en una norma penal, debe tener una tipificación, --- pues de otra manera su no realización no tendría rele--

(13).- Derecho Penal. Libro de estudio Parte General, - p. 120 Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires- 1958. Op. Cit.

vancia penal. En este tipo de delitos es trascendental el deber jurídico de obrar impuesto por un ordenamiento no penal ya que la omisión de tal forma no sería típica en consideración a que lo que constituye el delito es la omisión simple típica, sin resultado material. El resultado típico dentro de los delitos de omisión simple trae como consecuencia un cambio en el orden jurídico ya que se consume el delito sin un resultado material al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

En los delitos de omisión simple el sujeto tiene una obligación, un deber jurídico de **actuar**.

Comisión por omisión.- Son los delitos en los cuales el agente se mantiene en inactividad, en un no hacer voluntario o no voluntario (delitos culposos) violando una norma preceptiva ya sea esta de derecho penal o de cualquier otra rama del derecho y una norma prohibitiva teniendo como consecuencia un resultado material al igual que en los delitos de omisión simple, los delitos por omisión cuentan con los siguientes elementos:

- a) Una voluntad o culpa
- b) Inactividad
- c) Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse.
- d) Resultado típico y material. (14).

(14).- Derecho Penal. Libro de estudio Parte General, p.- 120 Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1958. Op. Cit.

Es así que haciendo una confrontación entre los elementos de la omisión simple y la comisión por omisión resalta el hecho de que en los delitos de comisión por omisión existe un resultado material es decir una mutación en el mundo fenomenológico así como un deber de obrar y un deber jurídico de abstenerse que resultan violados.

En la comisión por omisión el deber de obrar deriva de un precepto jurídico, como ya se ha hecho mención sea este del derecho penal o de cualquier otra rama del derecho, se produce un resultado material jurídico, estableciéndose como la configuración del tipo punible, se observa así mismo el deber jurídico de obrar.

Surge la problemática acerca de si los delitos de comisión por omisión pueden ser configurados también en los delitos cometidos por acción, en los delitos de comisión por omisión la conducta no realizada (acción esperada) es impuesta como un deber de obrar, este deber de obrar derivado ya de un precepto jurídico de naturaleza penal o de cualquier otra rama del derecho público o privado, puede bifucarse o bien quedar inmerso en diversas clases de deberes.

En los delitos de comisión por omisión se sanciona no la omisión en si sino el resultado producido por esta, lo que constituye la violación de la norma prohibi-

tiva, es decir se establece la principal característica de la comisión por omisión: el resultado material.

EL RESULTADO:

El resultado es el conjunto de cambios operados en el mundo fenomenológico como efecto de la actividad delictuosa sin embargo de acuerdo a lo que se ha expuesto anteriormente no siempre la conducta desplegada por el agente produce cambios en el mundo exterior, estableciéndose así, lógicamente, que no todas las conductas tendrán un resultado material para el derecho. Se observa también que no todos los efectos que produce la conducta del sujeto tienen el rango de resultado es así -- que se observa que existen efectos naturales y efectos jurídicos de la conducta, dicha diferenciación se dará independientemente en cada uno de los esquemas legales de cada delito: el efecto natural de la acción relevante para el derecho penal será aquel que corresponda al presupuesto penal, creándose así una concepción jurídica o formal y otra naturalística o material, en la primera existe un cambio en el mundo jurídico el cual es inmaterial, y en la segunda se transforma el mundo material. De ambas acepciones debemos establecer una concepción jurídica formal del resultado, como lo afirma Mazary, Vannini y De Marsico, ya que existen solo ciertos efectos de relevancia jurídica y otros que son secundarios para la configuración del delito creándose así corrien-

tes y técnicas jurídicas que señalan divergencias entre el delito consumado y el delito agotado, es así que tenemos el concepto de resultado jurídico que es el más trascendente para el estudio del derecho penal, por incluir los efectos que son relevantes para la tipificación de la conducta.

Nexo de causalidad.- El nexo causal es propio de los delitos de resultado material ya que sólo en aquellas conductas productoras de cambios en el mundo fenomenológico tiene cabida la expresión del nexo causal, ya que es un concepto lógico no jurídico, es la referencia liga o intersección entre la causa y el efecto, es la relación entre la conducta y el resultado. Esta relación es activa y productiva, ya que no se puede suponer la existencia de un cambio en el mundo material sin la pre-existencia de una acción o omisión, y entre ambas, como un puente debe existir la relación de causalidad; -sublata causa effectus.

Dentro de la causalidad existen dos teorías a saber: a) La teoría generalizadora, b) Teoría individualizadora.

Dentro de la teoría generalizadora, encontramos la teoría de la equivalencia de las condiciones dicha teoría fué creada por Von Buri la cual señala, que la suma de todas las condiciones negativas o positivas que pro-

ducen el resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí. por tener el mismo valor causal, cada una de ellas, a su vez, debe considerarse como causa del resultado. Dicha definición se refiere a la causa. Esta teoría es la mejor estructurada y en la cual nuestro derecho positivo tiene su fundamentación, ya que el juzgador al tener ante sí un caso concreto, considera todas y cada una de las condiciones y elementos que se le presentan, no debiendo desechar ninguna de ellas, dejando a su libre arbitrio solo la valorización de dichas condiciones para dictar una sentencia condenatoria o absolutoria.

Teoría de la última condición o de la causa próxima. Para esta teoría, del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, solo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir la más próxima al resultado. Esta teoría es errónea en consideración a que se desechan de antemano las condiciones inmediatas de ejecución del delito y se toman solamente en cuenta las más inmediatas a su perpetración, niega así las concausas y no resuelve el problema de la participación.

Teoría de la condición más eficaz para esta tiene valor causal aquella condición que, en el conflicto de entre fuerzas antagónicas desplegara eficacia preponderante. En esta teoría la condición más eficaz es aque--

lla que ha contribuido más a la obtención del resultado típico, dejando a un lado condiciones relevantes y con profundo sello de calidad, ya que en la teoría de la condición más eficaz nos atenderíamos para dictar un resultado una aberración jurídica que tendría el sello característico de la injusticia y de la idea de que el juzgador se erigiera en un ser superior capaz de discernir que fue lo que tuvo mayor importancia o más eficacia para obtener el resultado típico.

Teoría de la adecuación.- Conforme a ella, es causa en la producción el resultado no toda condición sino aquella apropiada para producirlo, es una teoría que no tiene ningún fundamento en consideración a que, se realice el resultado jurídico no solo existe una condición apropiada, y en la mayoría de los casos son múltiples y variadas las condiciones necesarias para la producción del resultado.

Teoría de la causa eficiente.- para esta teoría la causalidad eficiente es aquella fuerza del ser que con su acción produce un hecho, esta teoría tiene bases jurídicas trascendentes ya que las condiciones no son menos decisivas que la causa en la producción del resultado, y son todas aquellas condiciones, como lo menciona la teoría de la equivalencia de las condiciones las que dan como efecto el resultado.

CAPITULO II

Teoría de la causa humana exclusiva. En ella sólo los resultados ejecutados dentro de la esfera del actuar del hombre, pueden considerarse como eventos producidos por una causa humana, en consideración a que el actuar del hombre se rige por la voluntad del querer y entender.- esta teoría excluye los factores excepcionales se le critica a esta teoría en consideración a que no todas las acciones humanas tendrán relevancia dentro de la figura delictuosa ya que esta teoría es sumamente amplia.

CLASIFICACION DEL DELITO EN RELACION A LA CONDUCTA
Y AL RESULTADO:

El maestro Porte Pettit hace la clasificación del delito de acuerdo al siguiente esquema:

Clasificación del delito
en orden a la conducta.

- a) De acción.
- b) De omisión.
- c) De omisión mediante acción.
- d) Mixtos; de acción y de omisión.
- e) Sin conducta (de sospecha o posición).
- f) De omisión de resultado.
- g) Doblemente omisivos.
- h) Unisubsistentes y pluri--subsistentes.
- i) Habituales.

DELITOS DE ACCION:

Son aquellos delitos en los que la conducta se manifiesta a través de movimientos corporales o un conjunto de estos.

DELITOS DE OMISION:

Son aquellos en los que la conducta consiste en un no hacer o inactividad de carácter voluntario.

DELITOS DE OMISION MEDIANTE ACCION:

En estos como lo señala Francisco Pavón Vasconcelos haciendo cita al Maestro Porte Petit, (15) referente a este tipo de delitos: "La omisión como forma de la conducta consiste en un no hacer, en una inactividad, o sea lo contrario a la acción que consiste en un hacer no es posible aceptar los delitos de omisión mediante acción, considerando la esencia de las formas de la conducta: acción, omisión, comisión por omisión. Si la conducta abarca el hacer y el no hacer, es inconcebible -- sostener la existencia de un no hacer mediante un hacer; esto constituye un: "Contraditio in terminis".

DELITOS MIXTOS DE ACCION Y DE OMISION:

(15).- Pavón Vasconcelos... pág. 2 Op. Cit.

Son delitos que requieren expresamente de una acción y de una omisión, por lo que se les ha llamado también delitos mixtos, siendo configurados por dos conductas, una que realiza el evento y otra que omite la realización de la conducta exigida por el tipo penal, es - ejemplo de esta clase de delito: El tipo previsto por - la fracción III del artículo 277 del Código Penal.

DELITOS DE CONDUCTA (DE SOSPECHA O DE POSICION):

Se niega la existencia de delitos sin conducta, -- por razón de ser la conducta el presupuesto objetivo necesario en la prelación jurídica para la existencia del delito; sin embargo se ha sostenido por diversos autores, entre ellos Antolisei, el hecho de que pueden existir delitos en los cuales no exista una acción ni una omisión, sino que por la mera situación bajo la cual se coloca el sujeto, configurativa del hecho incriminado - por la ley, por ejemplo la vagancia y la malvivencia.

DELITOS DE OMISION DE EVENTO O DE RESULTADO:

Se establece que en este tipo de delitos, el tipo exige la necesaria integración del resultado, por lo -- tanto la verificación de dicho resultado trae como consecuencia la configuración del delito. Para la corriente que sostiene este tipo de delitos lo más importante es la mutación en el mundo externo, y si no se configu-

ra dicha mutación no se tipifica la conducta como delictuosa, por lo tanto, se tiene de tal forma la expresión de que el resultado constituye en sí la base fundamental para que el sujeto en su conducta se vea sujeto de la incriminación.

Las argumentaciones referidas para este tipo de delitos no las comparto en consideración a que en todo caso estaremos hablando de delitos de omisión, creando de tal forma figuras jurídicas absurdas.

DELITOS DOBLEMENTE OMISIVOS:

Este tipo de delitos afirma Raniere, son aquellos en los cuales el sujeto activo viola tanto un mandato de acción como uno de comisión, configurándose al no realizar un evento que debe ser producido omitiendo el mandato de acción. Lo cual resulta sólo un juego de palabras, ya que el ejemplo que del mismo da no se configura en sí mismo, ejemplo que relata de la siguiente manera: Es del sujeto que debe hacer y no hace, como en el caso de la persona que no haciendo lo que debe de hacer no lleva a conocimiento de la autoridad un determinado hecho. Ejemplo que no tiene la configuración que se le quiere dar para la estructuración de este tipo de delitos, ya que se trata de un solo acto, que es no presentarse ante la autoridad desobedeciendo la orden categórica de la ley Penal.

DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES:

Los delitos unisubsistentes son aquellos en los -- que la acción se agota en un solo acto; los delitos plurisubsistentes son aquellos en los que la acción se agota con varios actos.

DELITOS HABITUALES:

Son aquellos formados por una pluralidad de hechos que considerados única y exclusivamente en forma conjunta y reiterada integran el delito , dichos actos al repetirse son de la misma especie, y cada uno de ellos -- considerado en particulas no constituye delito.

CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO:

El maestro Porte Pettit, clasifica al delito por - orden de su resultado de la siguiente manera:

Clasificación del
delito en orden -
al resultado.

- a) Instantáneos.
- b) Instantaneos con efectos permanentes.
- c) Permanentes.
- d) Necesariamente permanentes.
- e) Eventualmente permanentes.
- f) Alternativamente permanentes
- g) Formales.
- h) Materiales.
- i) De lesión.

j) De peligro (16)

DELITOS INSTANTANEOS:

Son aquellos delitos en los cuales la consumación y el agotamiento se verifican instantaneamente, siguiendo el criterio que atiende primero a la consumación del delito y en el segundo a la destrucción del bien jurídico tutelado. El Código Penal Vegente señala respecto a los delitos instantaneos: " Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. El delito es: I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos (...) ".

DELITOS INSTANTANEOS CON EFECTOS PERMANENTES:

Son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas del delito.

DELITOS PERMANENTES:

Son aquellos que se consuman indefinidamente hasta que interviene una causa que lo agota, estableciéndose de tal forma tres momentos el de inicio el intermedio y el momento final; en los delitos permanentes desde el momento inicial y el al intermedio el delito se esta --

consumando, en estos delitos se mantienen vivos los efectos de la lesión jurídica pues se continua violando la ley, con la prolongación de dicha violación no se ejecuta una segunda porque persiste la primera, en este tipo de delitos existen dos fases una activa realizada por movimientos corporales que agota lo señalado por el tipo penal, y otra omisiva ejecutada por el agente en la cual mantienen el estado antijurídico conformado por su primera acción, esta figura cabe tanto en los delitos de acción como en los de omisión.

La cesación de la consumación del delito puede ser realizada por el propio delincuente, por la víctima o por un tercero.

Es interesante al estudiar a los delitos permanentes, determinar el momento en que corre la prescripción, este problema lo podemos resolver al hacer un análisis de lo que anteriormente se ~~había~~ dicho, ya que si consideramos que en los delitos permanentes no existe agotamiento, sino una fase prolongada de consumación no interrumpida, se establece que el delito sigue vivo y que cualquiera que lo agote siendo un tercero al mismo, consumara un delito flagrante.

El Código Penal Vigente señala respecto a los delitos permanentes en la fracción II del artículo 70: " El delito es: II.- permanente o continuo cuando la consuma

ción se prolonga en el tiempo (...)", y el artículo 102 fracción IV declara: "Los terminos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán: IV desde la cesación de la consumación en el delito permanente". (17)

DELITOS NECESARIAMENTE PERMANENTES:

Son aquellos que para su existencia, requieren de una conducta antijurídica permanente, en esta clase de delitos, el tipo penal, requiere necesariamente de una actividad de acción o de omisión prolongada en el tiempo, sin la cual no se configura dicho tipo penal.

DELITOS EVENTUALMENTE PERMANENTES:

Es aquel tipo de delito, en el cual el tipo requiere de una permanencia en el tiempo, y si esta se da por alguna circunstancia eventual, no se da con ello lugar a la realización de dos ilícitos, sino única y exclusivamente de uno.

DELITOS ALTERNATIVAMENTE PERMANENTES:

Son aquellos delitos que pueden ser permanentes o no serlo, situación que es muy dudosa y que da lugar a-

una serie de confusiones.

DELITOS FORMALES Y DE RESULTADO O MATERIALES:

Los delitos materiales o de resultado, son aquellos en los que existe una mutación en el mundo externo el tipo requiere necesariamente que el sujeto atravese de un movimiento corporal (acción) o de la omisión de dicha actividad, transforme el mundo (fenomenológico), -- mientras que en los delitos formales, se requiere solamente que el sujeto realice un hacer o un no hacer, voluntario sin consecuencia externa, es decir que en los delitos formales no se requiere que se observen los efectos externa y materialmente, se observa que en los delitos materiales se da la tentativa, mientras que en los delitos formales, no es jurídicamente posible que se observe, puesto que la sólo tentativa basta para con formarlos.

DELITOS DE PELIGRO Y DELITOS DE DAÑO O DE LESION:

Los delitos de peligro son aquellos que no atentan directa y materialmente contra los bienes jurídicamente tutelados, mientras que en los delitos de daño o de lesión si existe la perjudicial acción delictuosa que viola, vulnera y perjudica al bien jurídicamente protegido, en los delitos de peligro existe un periodo latente en el cual el bien jurídico se ve amenazado por la pro-

bable lesión de que pueda ser objeto y en los delitos - de daño esa lesión no es probable, sino que existe una- contemporización de esa lesión.

AUSENCIA DE CONDUCTA:

Dentro de lo fundamentado anteriormente respecto a la conducta, debe notarse que el elemento más trascen- dental para que la acción o la omisión del agente perpe- trador del ilícito sea considerada como conducta, esta- debe de tener el precedente indiscutible de ser ejecuta- da dicha conducta por la voluntad dirigida del sujeto, - y en todo caso si no se observa dicha voluntad, la con- ducta desplegada carece del elemento más importante en- consideración a que los actos que realice el sujeto, no serán propios de él por carecer estos de la voluntad.

CASOS DE AUSENCIA DE VOLUNTAD:

Existen casos en los cuales la ausencia de volun- tad son indiscutibles y en otros en los cuales quedan - en duda dicha ausencia de voluntad, por la naturaleza - misma de la ejecución del hecho ilícito.

En los casos de ausencia indiscutible de voluntad- podemos citar a:

I.- La vis absoluta o fuerza física irresistible,-

la cual consiste en la conducta desplegada por el agente, la cual carece de voluntad, en consideración a que sobre el sujeto activo, se esta ejerciendo una coacción por parte de otro sujeto, por lo que la conducta que verifica el sujeto activo, no puede serle reprochada, ya que la realizaci3n su voluntad y en la mayor parte de las veces en contra de la misma.

En nuestra legislaci3n Penal, encontramos a la fuerza f3sica irresistible como una excluyente de responsabilidad connotada en la fracci3n I del art3culo 15 del C3digo Penal Vigente.

Existe por lo tanto en este caso una indudable falta de voluntad, ya que el sujeto activo s3lo ha sido usado como un instrumento, en consideraci3n a que no existe una relaci3n ps3quica entre el sujeto activo y el resultado de dicha acci3n, debiendo conceptuarse esta ausencia dentro de la falta de conducta como correctamente lo hace nuestro C3digo Penal, y no como una causa de exclusi3n de culpabilidad o causa de inimputabilidad ya que la voluntad es el elemento trascendental en la conducta y no en cualquiera de los restantes elementos del delito.

LA FUERZA MAYOR:

La vis mayor, presenta similitud de concepci3n a -

la de la vis absoluta, sin embargo la característica de la primera de las mencionadas, estriba en que es producida por actos provenientes de la naturaleza, o bien -- también son llamados por fuerzas subhumanas, por lo que la conducta por el agente no puede serle reprochable, -- ya que existe en la misma la ausencia de la voluntad, -- y esa fuerza física que es ejercida sobre el sujeto activo es superior a sus fuerzas, por lo que no la puede resistir y de tal forma realiza la acción o la omisión que produce el cambio en la naturaleza, por esa fuerza natural o subhumana.

EL SUEÑO:

Las tres siguientes formas de ausencia de voluntad tienen la característica de que no existe la certeza de que sean conductas con indudable ausencia de voluntad, -- por lo que existe la duda acerca de que pueda presentarse la ausencia de voluntad.

En el sueño, estado fisiológico y natural de reposo de los seres humanos, se presenta el estado de inconciencia determinado porque durante ese período de relajamiento los actos ejecutados carecen de la voluntad -- del sujeto activo. Sin embargo debemos ser cautos al estudiar ésta figura de falta de voluntad, ya que todos -- conocemos nuestras reacciones lógicas y naturales en determinados casos, así algunos sabemos que tenemos un --

sueño ligero, o que por el contrario es difícil despertar, o bien que durante el sueño nuestros movimientos son bruscos o si no lo son, por lo que tenemos conocimiento de lo que podemos realizar durante el período de sueño, siendo de tal forma que la conducta que desplegamos durante ese período si bien, la realizamos sin nuestra voluntad, también es cierto que pudimos preverla, entrando de tal forma en la figura de los delitos culpables o no intencionales, pero en ningún momento podría hablarse de una ausencia de voluntad, ya que esta conducta desplegada era conocida y pudo como he mencionado preverse.

EL SONAMBULISMO:

El sonambulismo es el estado semejante al sueño, - teniendo la característica de que durante ese sueño se deambula, se tienen movimientos corporales no voluntarios. Durante el sonambulismo el sujeto activo realiza una serie de movimientos, los cuales no son voluntarios, por lo que al realizar cualquier clase de ilícito nos encontraríamos ante una ausencia de conducta, en razón a que no existe voluntad en los movimientos que se realizan, por lo que no le es imputable. Sin embargo aún cuando Jiménez de Asúa señala que el estado de sonambulismo es una enfermedad, tomando en cuenta dicha situación, no podemos hablar de una falta de voluntad en la actividad realizada, ya que si el sujeto activo conocía

el estado de sonambulismo en el que se encontraba pudo prever y evitar la realización del hecho, más si no lo hizo esperando que dicho resultado no se realizara, nos encontraremos ante un delito culposo.

EL HIPNOTISMO:

El hipnotismo es una supresión artificial de la -- conciencia, ya sea a través de lograr un estado de somnolencia, o hasta lograr un estado total de relajamiento que impide la resistencia de ejecución de ciertos actos ordenados por el hipnotizador. Existen diversas corrientes en las cuales se establece que el estado hipnótico crea una total ausencia de voluntad, otras que dicho estado de inconciencia puede al igual que el de vigilar - repeler o no realizar la conducta ordenada, sin embargo sea una u otra la corriente elegida, o la ecléctica, en la cual se sostiene que el sujeto puede o no resistir - la orden que se le da, y que referente a la omisión de delitos, sólo los realizan aquellos que son más proclives a la realización de ilícitos, así como las mentes débiles, por lo que debe considerarse además que el sujeto que se somete por su voluntad al estado hipnótico, sabe de antemano los riesgos que puede acarrear, por lo que es ese caso no existirá ausencia de voluntad, más - sin embargo existe una coacción previa al estado hipnótico, en la cual el hipnotizador ejerce sobre el sujeto pasivo una coacción, no encontraremos ante un estado de

ausencia de voluntad, y por lo tanto de conducta, en --
 consideración a que ha sido solamente utilizada la pes-
 sona.

LOS ACTOS REFLEJOS:

"Los movimientos corporales en los que la excita--
 ción de los nervios motores no estan bajo el injiño --
 anímico, sino que es desatada inmediatamente por un es-
 tímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un es-
 tímulo subcorticalmente y sin intervención de la con---
 ciencia pasa de un centro sensorio a un centro motor y
 produce movimiento" (18) En este caso nos encontramos -
 ante una ausencia de voluntad y por lo tanto de conduc-
 ta.

LA TIPICIDAD:

Al entrar al estado de la tipicidad, debemos consi-
 derar, la definición que acerca del tipo dan los dife-
 rentes autores. Así para Mezger el tipo es: "El tipo en
 el propio sentido jurídico penal significa más bien el
 injusto descrito concretamente por la ley en sus diver-
 sos artículos, y a cuya realización va ligada la san---
 ción penal. Jiménez de Asúa lo define como la abstra---
 cción concreta que ha trazado el legislador, descartan-

(18).- Tratado de Derecho Penal, I, Editorial Bosch ca-
 sa editorial, pp. 215-216, Madrid 1955. trad. José Artu-
 ro Rodríguez Muñoz.

do los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Para Ignacio Villalobos, el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como fatal), en su aspecto objetivo y externo. En fin Jiménez-Huerta define el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal. (19)

Para Francisco Pavón Vasconcelos el tipo penal es: "la descripción concreta hecha por la ley de una conducta la que en ocasiones se suma al resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal". (20) Dentro del tipo se encuentra implícita la conducta antijurídica, así como la culpabilidad del agente, ya que no cualquier conducta será antijurídica y culpable, sino sólo aquella que el tipo señala como tal estableciéndose de tal manera la tipicidad como la adecuación de la conducta desplegada por el agente a lo señalado por el tipo penal, es por lo tanto que no toda conducta antijurídica o culpable será sancionada por la norma penal, sino sólo aquella que la propia ley penal señale como tales.

DIVERSOS ELEMENTOS DEL TIPO:

ELEMENTOS OBJETIVOS.- Dentro de los elementos obje

(19 y 20).- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, op cit. pág 271

tivos se encuentran todos aquellos que pueden ser apreciados por los sentidos o por la razón, y que describen la conducta desplegada por el agente, misma que fundamentan la responsabilidad penal. Dentro de los elementos objetivos encontramos modalidades a la conducta desplegada por el agente, en el referidas.

A) .-Calidades al sujeto activo.- Dentro de las modalidades del tipo penal, se concretiza la referente a la calidad exigida al sujeto activo, esto es, que el sujeto que realiza el hecho delictuoso, debe tener cierta característica (calidad) especial, esto es, a contrario sensu de lo señalado por los delitos del sujeto indeterminado o común, donde cualquier persona puede realizarlo. En los de la calidad exigida al sujeto activo, se establecerá la adecuación al tipo cuando el sujeto de la acción cumpla determinada característica exigida por él; por ejemplo el servidor público, el parentesco. --

B).- Calidades exigidas al sujeto pasivo.- Es aquella en la cual el tipo exige una calidad determinada al sujeto pasivo, sin la cual el acto ejecutado por el sujeto activo queda impune, en consideración a que la calidad del sujeto pasivo, al no ser satisfecha deja fuera del ámbito de la tipicidad la conducta desplegada.

C).- Referencias temporales y espaciales.- En ocasiones el tipo exige que la conducta desplegada por el delin-

cuenta quede sujeta a ciertas referencias de tiempo y lugar condiciones sine qua non, sin las cuales la conducta no será sujeta a penalidad, ni encontrará su adecuación al tipo penal.

D).- Referencias a los medios de comisión.- Es trascendental para algunos tipos, y aún para la agravación de la pena, el que se realice de tal o cual manera la situación, sin la cual no se tipifica o no se agravaría el delito, y en este segundo se da origen a los tipos complementados, cualificados ó complementados agravados ; complementado privilegiados ó atenuados.

E).- Referencias al objeto material.- Esto es la conducta debe recaer sobre algún objeto material en algunas ocasiones debe satisfacer ciertos requisitos exigidos por la norma penal, sin la cual como se ha mencionado en los anteriores casos, quedará dentro del campo de lo atípico.

ELEMENTOS NORMATIVOS.- Son aquellos en los que pueden quedar dentro del campo jurídico o del campo cultural, en consideración a que el juzgador puede tener ciertas dudas acerca de los elementos que integran el tipo penal, por lo que siempre será distinto para una persona y para otra, ya que la interpretación de la ley, en muchas ocasiones queda sujeta a las reglas que rigen el valor normativo del injusto.

ELEMENTOS SUBJETIVOS.- Son aquellos en los cuales, el sujeto activo debe necesariamente de reunir cierta - intención, debe tener al realizar el hecho típico en su yo interno una intencionalidad para que se configure la conducta delictuosa; para algunos autores, este tipo de elementos debe de entrar en la antijuridicidad o la culpabilidad, más considero apropiado dejarlos insitos en el capítulo referente a la tipicidad por encontrar mejor encuadramiento que en los demás, en consecuencia se origina una causa de atipicidad.

CLASES DE TIPO PENALES:

Son variadas las clasificaciones formuladas sobre los tipos penales.

MEZGER distingue entre:

- I. Delitos de simple actividad y de resultado.
- II. Delitos de lesión y de peligro (concreto o abstracto).
- III. Delitos básicos o fundamentales y cualificados y privilegiados.
- IV. Tipos compuestos, en los que incluye:
 - a) Delitos de varios actos;
 - b) Delitos compuestos en sentidos estrictos;
 - c) Delitos permanentes, y
 - d) Delitos mixtos, acumulativa y alternativamente formados;

- V. Tipos necesitados de complemento, los cuales --
subdivide en:
- a) Tipos en que el complemento se halla contenido-
en la misma ley;
 - b) Tipos en que el complemento se halla contenido-
en otra ley, pero emanada de la misma instancia
legislativa, y
 - c) Tipos en que el complemento se halla contenido-
en otra ley, pero emanada de otra instancia le-
gislativa.

JIMENEZ DE ASUA aborda el estudio de los tipos con
forme al orden siguiente:

En razón de sus fundamentos: fundamentales, cuali-
ficados y privilegiados;

En referencia a la autonomía de los tipos: básic--
cos, especiales y complementarios;

Atendiendo al acto:.. ..

- a) Tipos de formulación libre, casuísticamente for-
mados, alternativos y acumulativos;
- b) Otras clasificaciones en orden al resultado;
- c) Delitos condicionales (que no son especies de -
tipos)
- d) Examen especial de los llamados delitos de re--
sultado cortado.

Atendiendo a los elementos subjetivos de lo injus-
to:

- a) Por los elementos subjetivos referentes al au--

tor:

Delitos de expresión;

Delitos de tendencia o impulso, y

Delitos de intención

b) Por los elementos subjetivos que se dan fuera -
del agente

JIMENEZ HUERTA los clasifica así:

En torno a su ordenación metodológica:

a) Básicos:

b) Especiales:

a') Agravados

b') Privilegiados.

c) Complementados:

a') Agravados

b') Privilegiados.

En torno al alcance y sentido de la tutela penal:

a) Tipos de daño.

b) Tipos de peligro.

a') Tipos de peligro efectivo

b') Tipos de peligro presunto

c') Tipos de peligro individual, y

d') Tipos de peligro común.

En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutela

dos:

a) Simples

b) Complejos:

a') Complejo especial

b') Complejo complementado.

Tipos básicos o fundamentales, especiales complementados.

Tipos básicos o fundamentales.- Son aquellos que constituyen los elementos fundamentales o esenciales de otros tipos legales, siendo denominados así también en consideración a que no dependen de ningún otro tipo penal, es decir se bastan por si mismos para encadrar una conducta delictiva.

Tipos Especiales. Son aquellos que estan conformados por un tipo básico al cual se le agregan nuevas características, obteniendo de tal manera vida propia sin necesidad de subordinación al tipo básico.

Tipos complementados.- son aquellos que están integrados por un tipo básico, al cual se le agregan nuevos elementos, quedando a diferencia del tipo especial subordinado al tipo básico, por lo cual no adquiere vida propia.

Los tipos especiales y los complementados pueden ser cualificados o agravados, y privilegiados o atenuados, siendo que en los primeros se agrava la pena y en la segunda se atenúa.

Tipos autónomos y tipos subordinados, los primeros mencionados son aquellos que no necesitan de ningún otro tipo penal para su existencia en los segundos solamente tendrán vida cuando se encuentren unidos al tipo básico por lo que se subordinan a él.

Tipos Normales y Tipos Anormales.- Los primeros se integran con elementos objetivos de conocimiento material, mientras que los segundos incluyen elementos normativos y subjetivos que implica un juicio valorativo.

Tipos de Daño y Tipos de Peligro.- Los tipos de daño son aquellos en los que los bienes jurídicos tutelados se encuentran explícita y abiertamente lesionados y en los tipos de peligro el bien jurídico tutelado se encuentra en un latente estado de violación que no llega a consumarse, por lo que el legislador teleológicamente lo protege contra el daño que se le pudiera causar, los tipos de peligro se subdividen a su vez en los de peligro efectivo, peligro presunto, subdividiéndose a su vez este segundo en tipos de peligro individual y de peligro común.

Tipos Simples y Tipos Complejos.- Los tipos simples son aquellos que tutelan un solo bien jurídico y los complejos los que tutelan dos o más bienes jurídicos.

Tipos de Formulación Libre y Casuísticamente formulados.- Los primeros **mencionados** son aquellos en los que el tipo no exige detalles en la definición de la conducta, en los segundos el tipo penal exige que la conducta realizada por el delincuente sea acompañada de una serie de detalles, es decir el tipo penal exige que el caso concreto sea fiel a los señalados por el tipo.

Tipos de Formulación Alternativa y Acumulativa.- Los primeros de los mencionados son aquellos en los que el tipo exige que las conductas sean realizadas de una o de otra manera, los acumulativamente formulados son aquellos en los que todas las Hipótesis descritas por el tipo deben concurrir para que se hable del delito de que se trate.

Tipicidad y Atipicidad.- Se entiende por tipicidad la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis que señala el tipo penal, es el encuadramiento de la conducta a la figura legal, La tipicidad es uno de los elementos constitutivos del delito siendo un elemento esencial del mismo.

La Atipicidad es el elemento negativo de la tipicidad, pero no debemos entender que se trate en todos los casos de una ausencia de tipo, debiéndose entender la ausencia de tipo como la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho.

Existe la atipicidad cuando la conducta desplegada por el delincuente previsto en la ley penal no encuentra su perfecta adecuación por encontrarse ausente, alguno o algunos de los elementos o requisitos que exige el tipo.

Encontramos la atipicidad principalmente es seis hipótesis. Cuando falta la calidad exigida por el sujeto activo, cuando; falta la calidad exigida por el tipo respecto al sujeto pasivo, Cuando hay ausencia de objeto o existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley respecto a sus atributos, cuando habiéndose dado la conducta están ausentes las referencias de tipo, lugar o medios de comisión exigidos por el tipo y cuando están ausentes los elementos subjetivos requeridos por el tipo penal.

Antijuridicidad.- Concepto.- La antijuridicidad la podemos entender en un primer momento como un acto definido en la ley y no protegido por las causas justificantes que se establecen de modo expreso. Sin embargo de acuerdo a los elementos que debe tener todo concepto, estos nunca deben ser de carácter negativo, por lo que debemos entender a la antijuridicidad desde su aspecto positivo, por lo que de acuerdo con Mariano Jiménez Huerta señalaremos que la antijuridicidad es: "Un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho". "Adentrandose en-

el problema considera que la antijuridicidad, es presupuesto general de la culpabilidad, "Matiza y tiñe la -- conducta de su colorido o tonalidad especial", matiz, -- tono y color que surge del juicio formulado sobre la -- propia conducta, en la cual "Se afirma su contradicción con las normas del Derecho". La Antijuridicidad," (21)

Existen dentro de la doctrina dos criterios con -- respecto : a la antijuridicidad que ~~son~~ el criterio objetivo y el criterio subjetivo de la antijuridicidad.

Criterio objetivo de la antijuridicidad.- Dentro - de este criterio afirma la posibilidad de valorar la -- conducta ya sea de acción u omisión en relación de su - contradicción con el orden jurídico. Algunos autores se ñalan que para calificar una conducta como delito deben dejarse a un lado cualquier elemento subjetivo, criti-- cando la corriente subjetivista de la antijuridicidad - respecto al tratamiento que se les da a los inimputa--- bles; señalando que en todo caso deberían de entrar si- se acepta a los inimputables como sujetos intrínsicamen- te adheridos a la antijuridicidad, aquellos que ignoran la ley o que por error la han violado. La antijuridici- dad es la violación de las normas objetivas de valora-- ción no debiendo importarnos los rasgos subjetivos del- que viola la ley. Esta teoría es acertada en considera-

(21).- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, op.cit. pág. 295

ción a que encuentra en la legítima defensa su principal respaldo, así también en el caso de los inimputables en consideración a que el loco o enajenado mental en el momento en el que viola la norma penal, está cometiendo un acto antijurídico, que no lo exime de esa calidad su estado inimputable.

Criterio Subjetivo de la antijuridicidad.- Esta corriente sostiene que la conducta o el hecho para ser ilícito debe provenir de un sujeto imputable y por ello culpable, se establece de tal forma una referencia entre el sujeto activo y la norma, capítulo que debe ser tratado a parte y específicamente en la culpabilidad.

Existen autores que respaldan la teoría subjetiva de la antijuridicidad, sin embargo se puede refutar, de la manera legal más acertada como lo señala Franco Guzmán al declarar: "Lo que en realidad acontece, según nosotros, es que el hecho no se toma más que en su momento antijurídico, es decir, se considera punible ante el solo juicio de ilicitud independientemente de la reprochabilidad del sujeto agente" (22)

La Antijuridicidad Formal y la Antijuridicidad Material.- Fue Franz von Liszt quien creó la teoría dualista de la antijuridicidad y señala, que existe una di

(22).- op. cit. pág. 303

ferencia tajante entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. Existe una antijuridicidad formal en cuanto una acción es contraria al derecho y trasgrede la norma dictada por el Estado; existe antijuridicidad-material cuando dicha conducta es contraria a la sociedad.

Esta teoría a sido refutada por algunos autores y aceptada por otros haciendo una serie de consideraciones acerca del dualismo de la antijuridicidad, siendo que algunos también aceptan en parte dicha teoría. Por nuestra parte Ignacio Villalobos acepta ambas formas de antijuridicidad. Pavón Vasconcelos señala respecto a este punto: "Nosotros concebimos lo antijurídico como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Nos mostramos en consecuencia acordes con el criterio que rechaza la concepción dualista de la antijuridicidad, pues como con precisión -- observa Jiménez Huerta, no puede haber lugar a un juicio desvalorativo sobre la conducta sin la contrariedad formal con el mandato o la prohibición emanados del orden jurídico contradicción que por sí misma no integra la esencia de lo antijurídico; "Obvio es -- escribe el citado autor -- que lo que contradice dicho orden de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden

jurídico" (23)

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION:

Concepto.- La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho...

El artículo 15, Fracción III, del Código Penal, recoge esta justificante al decir: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y, sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no media provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Múltiples son las definiciones dadas sobre la legítima defensa pero los tratadistas han visto siempre en ella la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección o bien la defensa estimada necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio -

(23).- op. cit. pág. 303

de una lesión contra el agresor" Florian la considera - una causa de justificación que existe cuando el agente-cometió el hecho por haber sido constreñido a rechazar- de sí, o de otro, una violencia actual e injusta.

El objeto de la tutela penal en este caso lo constituye toda clase de bienes jurídicos. En la defensa -- propia se trata de un deber o más bien dicho una facultad del sujeto activo de proteger sus propios bienes en defensa de terceros existe la obligación fundada en el deber jurídico pues el tutelar no puede optar entre el ejercicio de tal derecho (salvo que no le sea exigido).

Elementos.- Dentro de la legítima defensa encontramos como sus elementos: Una agresión, un peligro de daño y una defensa.

La agresión como primer elemento de la legítima defensa es aquella conducta ya sea del hombre o de naturaleza subhumana que amenaza los intereses jurídicamente protegidos. Esta agresión debe tener la característica de ser actual es decir que no debe ser antes ni después de la agresión, y no debe quedar lugar a cualquier otra conducta. Dentro del elemento de la legítima defensa referente al peligro inminente de daño se señala que ese peligro está por suceder prontamente, y recae sobre --- cualquier tipo de bien protegido por el derecho ya sea propio o de un tercero, esa defensa debe ser moderada,-

debe tener un medio racional de defensa, esa defensa debe ser necesaria y proporcionada; no debe existir otro medio utilizable para evadir el mal.

PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA:

Casos en que la defensa es inexistente.- Estos casos son cuando la agresión no reuna los requisitos legales señalados que no haga surgir un peligro inminente - para los bienes protegidos o que agredido haya provocado la agresión..

Debemos determinar cuando existe o no provocación suficiente para la agresión, ya que no siempre existe - provocación se da la legítima defensa en consideración a que dicha provocación debe ser tanta que orille al sujeto activo a la realización de su defensa, en el caso de que exista dicha agresión debemos considerar si el - sujeto activo pudo preverla o no, si pudo preverla y no la evito pudiendo hacerlo desaparece la legítima defensa, estableciendose de tal modo la riña.

La defensa legitimada encuentra su encuadramiento justificador cuando la organización policial instaurada por el Estado es impotente, en consideración a las carencias materiales o subjetivas de la misma.

El Exceso en la legítima defensa.- Existen en oca-

siones casos de defensa, que no se legitiman en consideración a que se establecen excesos en dicha defensa, en virtud de un error sobre la necesidad del medio empleado o del poder lesivo de la defensa, ya porque no exista una necesidad racional en ella y/o existe una notoria desproporción entre la defensa y el ataque, entre el daño causado y el que podría haber causado el agresor, es en estos casos en que la desproporción entre la defensa y la agresión no surge de un error invencible sino de una determinación calculada premeditadamente por el sujeto, estableciéndose de tal manera el dolo.

Presunciones de Legítima Defensa.- Se encuentra tipificada esta conducta en la fracc. III del Art. 15 del Código Penal, en estas nos encontramos ante una presunción que admite prueba en contrario, se le ha denominado legítima defensa privilegiada en consideración a que se puede matar al que escale o penetre sin derecho al hogar de una familia, sin embargo con esa conducta no se puede decir sin lugar a equivocarse los móviles que ~~guiaban al~~ escalador o al hayanador.

DEFENSAS MECANICAS:

Este caso se presenta cuando se instalan aparatos mecánicos como ~~trampas~~, sin embargo dichas defensas pueden hacer caer imprudentemente a una persona inocente en dichas trampas, por lo tanto las soluciones se daran-

de la siguiente manera: si el daño se causa a un agresor nos encontramos frente a la defensa proporcionada - al ataque.

Y en el caso de tratarse de inocentes nos encontramos frente a un delito de dolo eventual o por culpa.

PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA:

Como primer problema sobre la legítima defensa encontramos el referente a la confusión que se establece entre la riña y la legítima defensa, en este caso no podemos confundir a la figura delictiva de la riña que es una contienda de obra y no de palabra en la cual existe un dolo, y existe una aceptación tácita del que agrede y del que acepta la agresión - circunstancia que atenúa - solamente la pena respecto a los delitos de lesiones y homicidio, mientras que en la legítima defensa no existe esa aceptación tácita ya que el sujeto agredido no ataca directamente, sino que por el contrario en un momento determinado evita dicha agresión, pero no le queda otro camino que defenderse.

No puede existir defensa recíproca en consideración a ser un ilógico jurídico ya que no podemos aceptar, que ambos contendientes realicen una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica.

La legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa no puede darse en nuestro derecho ya que el primer ataque desintegra al excluyente no pudiendo configurar de tal forma la legítima defensa.

La legítima defensa del inimputable esta figura es aceptable en consideración a que el inimputable a pesar de su falta de capacidad, tiene el derecho de defenderse al tener frente de sí un ataque inminente y objetivo que nada tiene que ver con su calidad subjetiva.

La legítima defensa contra la agresión de un inimputable no es posible aceptar el hecho de que la agresión de un inimputable quede dentro del estado de necesidad con respecto al sujeto agredido, ya que una agresión si puede ser injusta aunque se ejecute por un delincente.

CAUSAS DE JUSTIFICACION:

El Estado de Necesidad. Concepto.- El estado de necesidad es una situación de peligro, cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Para algunos autores, no se trata de un derecho, sino de un ataque a bienes jurídicos pertenecientes a -

terceros y que la ley justifica en virtud de no existir otro medio menos perjudicial para salvaguardar los propios.

EXTENCION DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Dentro de este título observamos que el hombre al verse frente de un peligro cierto y grave que atenta -- contra sus bienes, se ve precisado a sacrificar los de un tercero, en este conflicto encontramos que si el bien salvado representa mayor valor respecto a esto necesariamente el bien salvado debe tener mayor preponderación sobre el sacrificado así tenemos que frente al bien jurídico tutelado por la norma que sería la vida y la integridad corporal y frente al patrimonio, el primero de los mencionados tiene mayor relevancia, mayor valor. Cuando el conflicto se presenta entre bienes de valor distinto es justo el sacrificio del bien de menor valor. Cuando el conflicto surge entre bienes de igual valor surgen tres soluciones, la primera que señala que es una injusticia el sacrificio de un bien para salvar otro de igual valor, la segunda señala que no puede exigirse el heroísmo y la tercera que argumenta que no debe tomarse en cuenta el estado de necesidad, sino juzgarse por delito cometido..

ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD:

Dentro de los elementos del estado de necesidad, - encontramos la existencia de un peligro real actual e - inminente, en este caso nos encontramos, primero el peligro no debe ser imaginario, así mismo debe ser actual e inminente, es decir debe ser en el momento; dentro del estado de necesidad encontramos que existen sujetos a los que por su empleo o cargo tienen el deber legal de sufrir el peligro, más estas personas deben -- sufrir el peligro dentro de los límites razonablemente-humanos.

El peligro debe de recaer sobre de bienes jurídicos, a este respecto debemos limitarnos al concepto que de bien da el derecho penal.

El peligro no debe haber sido provocado intencionalmente ni por grave imprudencia, en este caso el sujeto activo no debe haber actuado con imprudencia o de manera imprevista o negligente, es decir no debe haberse ubicado en la situación de peligro culpable, ni mucho - menos dolosamente.

En el estado de necesidad se lesiona o destruye un bien protegido por el derecho, en este caso nos encontramos frente a bienes ya sean propios, ya sean ajenos- pero siempre deben estar amparados por la tutela jurídica.

No debe existir otro medio practicable y menos per

judicial para superar el peligro.

EXTENSION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN LA LEY:

La ley señala que el estado de necesidad como ex--
cluyente se hace extensiva a bienes jurídicos propios o
de terceros, así mismo tratándose del conflicto entre --
bienes de distinto valor se sacrifica el de menor valor
en aquellos de igual jerarquía se puede sacrificar el --
perteneciente a cualquier persona salvaguardando el pro
pio.

DIFERENCIAS DEL ESTADO DE NECESIDAD CON LA LEGITI-- MA DEFENSA:

La primera diferencia que encontramos entre dos fi
guras es que en la legítima defensa es una reacción al
ataque, a la agresión y en el estado de necesidad se es
tablece una acción, es decir ataque a bienes jurídicos.
Como segunda diferencia encontramos que en el estado de
necesidad surge el conflicto entre bienes tutelados por
la ley (ambos) mientras que en la legítima defensa exig
te una agresión antijurídica e ilegítima frente a una -
reacción legítima.

EL EXCESO EN EL ESTADO DE NECESIDAD.

En este caso nos encontramos frente a la realiza--

ción de daño mayor al necesario, mismo que puede originarse por dolo o por culpa.

Casos de estado de necesidad regulados expresamente por la ley, dentro del estado de necesidad la ley se hala tasativamente por ejemplo lo señalado en el art. - 334, referente al aborto terapeutico en el cual la muerte del producto de la concepción es lícita, en virtud - de la vida de la madre cobra mayor importancia que la - del feto que se encuentra en estado latente, otro caso- es el referente al robo necesario de indigente tipifica- do en el art. 379 del Código Penal en el cual la vida o la integridad corporal del sujeto activo es más impor- tante que la propiedad, observandose en dicho tipo que- el robo debe ser por una sola vez, ya que si volviese a suceder no se ubicaría en el contexto del estado de ne- cesidad.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN - DERECHO:

El art. 14 fracc. V del Código Penal establece la- circunstancia excluyente de responsabilidad consistente en el cumplimiento de un deber jurídico, es lógico el - pensar que aquella persona que cumple la ley no viola - el derecho, aún cuando dentro del Código Penal se esta- blezca que la conducta que ha realizado es ilícita, en- consideración a que existe un cumplimiento de un deber-

jurídico, en consideración a que existe autorización legal, este cumplimiento se da existiendo precedentemente una orden dictada por un funcionario superior a quien se tiene la obligación de obedecer por mandato de la ley, o de una norma jurídica que consigna la ejecución de dicha conducta, y cuyo mandato amana de una ley de un reglamento y aún de una ordenanza, estas ordenes por lo general son impuestos a quienes desempeñan un empleo, autoridad o cargo público, sin embargo a los particulares también se les impone excepcionalmente por la ley, como ocurre en el Art. 400 del Código Penal vigente. El cumplimiento de un deber requiere competencia del superior al dictar la orden que se debe ejecutar, la competencia del subordinado al cumplirla y la ejecución de dicha orden en la forma que la ley ordena.

EJERCICIO DE UN DEBER.

El art. 15 en su fracc. V, declara como circunstancia excluyente de responsabilidad. La ley reconoce que tienen derecho los particulares de ejercitar en forma lícita sus derechos más sin embargo la ley también prevé que dicho ejercicio de los derechos debe ser lícita en consideración a que la justicia no debe ser propia mano, sino que la ley debe decretar la vía y los medios del ejercicio de ese derecho, dicha autorización concedida por la ley excluye la antijuridicidad de la conducta, por lo tanto dicha autorización debe derivar de una

autoridad que actúe dentro de su competencia reuniendo los requisitos que la ley ordena; por ejemplo lo enmarcado en el art. 197 del Código Penal vigente.

EL DERECHO DE CORRECCION:

En el diario oficial de la Federación de fecha 13- de Enero de 1984 se derogó el art. 294 del Código Penal que se refería al llamado derecho de corrección mismo - que declaraba impunes las lesiones hechas por quienes - ejercieren la patria potestad o la tutela, y se tenía - así el derecho de corregir siempre y cuando fueran dentro de las comprendidas en la primera parte del art. 289. El nuevo texto penal en su art. 295 señala que las - lesiones que fueren impelidas a los menores o pupilos - ejercitando la patria potestad o la tutela, se les impondrá la pena que correspondiere por las lesiones además de la suspensión o privación de aquellos derechos, - por lo tanto el derecho de corrección a través de los -- golpes queda excluido de nuestro ordenamiento penal, y - por lo tanto no es una causa de justificación.

HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES.

Dentro de éste título debemos diferenciar aquellos deportes que no implican el uso de violencia, por ejemplo la natación, el golf, etc. en estos deportes los -- delitos más usuales son aquellos que no atentan contra-

la integridad de las personas, y las lesiones o la muerte son puramente accidentes. En el segundo grupo que lo integrarían los deportes que requieren acciones físicas entre los contendientes originan choques violentos que crean posibilidades de daño, más este no es su fin y existen reglamentos que norman la conducta de los participantes, y los dejan dentro de un marco en el cual las lesiones o el homicidio que pudieren ser causados deberán ser necesariamente demostrado que fué accidental o imprevisible por lo que el respeto a las reglas del juego hace fortuita la lesión o la muerte, y la violación de dichas reglas puede originar una culpabilidad dolosa o culposa. En el tercer grupo se encuentran los deportes cuyo fin específico es el de causar lesiones, por lo que el riesgo de causar las lesiones o la muerte es superior al de cualquier otro deporte sin embargo la conducta realizada por el acusado ha sido estudiada por diferentes autores así tenemos que Jiménez de Asúa señala que existe en este caso estaremos ante una falta de tipo, ya que no se determina claramente dentro de todo el ordenamiento penal la conducta desplegada por el deportista y su consecuencia. Esta argumentación no tiene fundamentación legal, en consideración a que las lesiones y el homicidio son tipos abiertos y no casuísticos.

El mismo autor da como solución al problema de ese tipo de delitos el hecho de que nos encontramos ante un caso fortuito, en consideración a que las reglas del --

juego no señalan que en el desarrollo normal del evento existen fallecimientos o heridas, por lo que su aparición eventual que se haya realizado sin infringir las reglas del juego da lugar al caso fortuito, el caso fortuito no opera en esta clase de delitos en vista de que el caso fortuito es algo imprevisible, fuera de lo normal humano, y es de pensarse en razón (de ser su principal objetivo) el causar las lesiones al oponente.

Mayer sostuvo que la cultura de un pueblo enmarca usos y costumbres, por lo que la práctica de juegos y deportes entra en el contexto de esas normas de conducta, y el reconocimiento de licitud por el Estado excluye la antijuridicidad del hecho.

Otra teoría señala que la práctica de los juegos y deportes profesionales y de aficionados, existe un consentimiento tácito del interesado; argumentado que no se acepta en consideración a que estamos hablando de bienes no disponibles, como son, la vida y la integridad de las personas.

Otra tesis señala que los deportes entran dentro de los fines reconocidos por el Estado en consideración a que se quiere mejorar la raza y mantener la salud de la ciudadanía, y el inferir lesiones o causar homicidio no llegan a integrar delitos por no ser antijurídicos. No se acepta esta argumentación, ya que al causar di---

chos delitos, se esta logrando reducir la salud tanto física como mental de los ciudadanos y aún su muerte.

Lo que faculta o establece la causa de justificación radica en el ejercicio de un derecho nacido de la autorización otorgada por los órganos del estado, dentro de los límites de dicho permiso debe realizarse la conducta de los contendientes, ya ~~se~~ salen de dichos su puestos, caen dentro de la responsabilidad penal.

HOMICIDIO Y LESIONES CON MOTIVO DE OPERACIONES QUIRURGICAS:

Esta causa de justificación opera en el hecho de que tal actividad corresponde a un interés social el cual radica en la cura del enfermo, lo cual es reconocido por el estado autorizando disciplinando y favoreciendo la actividad médica.

EL IMPEDIMENTO LEGITIMO:

Este excluyente de responsabilidad se encuentra comprendida en la fracc. VIII del Art. 15 del Código Penal vigente, en este caso nos encontramos ante una conducta omisiva, ya que la norma que se viola es de carácter preceptivo, y no se realiza la conducta ordenada por la ley, en consideración a que existe un impedimento de derecho, que en todo caso es diferente al impedi-

mento de derecho, que en todo caso es diferente al impedimento físico sea por una fuerza física irresistible, de una fuerza mayor o de una coacción sobre la voluntad.

LA OBEDIENCIA:

La obediencia debida. Es la obligación de obedecer un mandato con independencia del conocimiento de su ilicitud pero en el que la obediencia deriva de la ley. En este caso nos encontramos que el sujeto activo para poder hacer valer la causa de justificación requiere ne cesariamente que la orden sea ilícita, y teniendo el inferir la obligación de obedecer sin derecho ni facultad de inspeccionar la orden de su superior; en el caso en el que la orden sea ilícita y que el inferir la cree ilícita por error invencible estamos ante una causa de inculpa**bi**lidad; si la orden es ilícita, pero no se le puede exigir al sujeto activo una conducta distinta de la que realizó existe una causa inculpa**bi**lidad por no exigibilidad de otra conducta. Nuestro ordenamiento positivo se refiere solo a las órdenes ilícitas, para que pueda operar la obediencia debida.

EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO:

Al respecto del consentimiento del interesado Mezger señala que existen dos causas determinantes para ad

mitir la justificación la primera es la ausencia de interés y la segunda el interés preponderante; la primera es cuando la voluntad que normalmente se encuentra lesionada por la realización del ilícito, no existe en el supuesto concreto, por lo que para Mezger las causas -- de justificación apoyadas en el principio de la ausencia del interés son dos el consentimiento del ofendido, y el consentimiento presunto. La ausencia de interés -- por parte del ofendido hace permitida la conducta del sujeto activo, creándose así la causa de justificación. Dentro de los efectos del consentimiento es necesario -- establecer si el tipo exige que la conducta sea realizada contra la voluntad del sujeto pasivo; si el tipo la exige, y existe consentimiento nos encontramos ante un caso de atipicidad, por lo que si una persona es violada por ejemplo, para que se integre el injusto, es necesario que la ofendida no haya otorgado su consentimiento ya que si existe, no habrá violación. El consentimiento debe tener primero como prelación lógica la existencia de un titular del derecho violado, un acto de consentimiento que es la manifestación de la voluntad del titular del derecho, sea este acto expreso o tácito. Debe existir un derecho violado o puesto en peligro, dentro de este debe existir una capacidad de disposición del mencionado derecho a través de la ley, así como también debe existir la imposibilidad de integración del delito en consideración a que existe un consentimiento por parte del interesado.

Este debe darse antes de la realización de la conducta o simultáneamente a ella, ya que después no tiene ningún valor jurídico.

LA CULPABILIDAD:

La culpabilidad es uno de los elementos del delito sin el cual no lo podemos concebir. Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como: "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (24)

Por lo tanto la culpabilidad es reprochabilidad, y la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD:

Existen dos teorías principales acerca del concepto de culpabilidad, la primera de ellas llamada: teoría psicológica, y a la segunda teoría normativa.

Teoría psicológica, para esta teoría la culpabilidad es el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior o hecho constituyendo la imputabilidad el presupuesto de la culpabilidad. Esta teoría establece una liga entre el sujeto activo y el orden jurídico, al cual-

(24).- Jiménez de Asúa: " La ley y el delito " ed. Témis 2da, edición, México. 1954. p. 379

valora y del cual se reconoce súbdito; existe también la vinculación del sujeto con el hecho delictivo, siendo la primera de las mencionadas la principal valoración dentro del mundo jurídico, ya que la valoración normativa es la base fundamental de la culpabilidad; en la culpa el sujeto desprecia el orden jurídico, a sabiendas de la trascendencia y necesidad del mismo.

La teoría normativa exige una conducta o hecho antijurídico, en la culpa el agente es sujeto de reproche por no haber omitido la acción antijurídica cuando lo pudo hacer. La culpabilidad para la teoría normativa no es solo una relación psicológica, ya que deben observarse los motivos del sujeto activo para ubicar la conducta del sujeto activo ya sea dentro del dolo o de la culpa. Mezger sintetiza la concepción que de la culpabilidad establece la teoría normativa al señalar: "(la culpabilidad es) un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor; para que una persona pueda ser castigada no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada" (25). La culpabilidad no es por lo tanto no solo una situación fáctica, sino una situación fáctica objeto de reproche de culpabilidad.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD:

(25).- Pavón Vasconcelos op. cit. pág. 367

Para que se configure la culpabilidad es necesario que se integren, la imputabilidad, las formas de culpabilidad (dolo o culpa) y una ausencia de causa de exclusión de la culpabilidad.

LA IMPUTABILIDAD:

Esta ha sido considerada como un elemento de la culpabilidad por algunos autores, y por otros a sido considerada como presupuesto de la culpabilidad. Los autores al hacer un estudio de los presupuestos del delito los subdividen de diferente manera; para el maestro-Porte Pettit los presupuestos se clasifican en generales y especiales; Massari y Petroselli señalan que los presupuestos generales son: la norma penal, el sujeto, el bien jurídico tutelado y la imputabilidad. Jiménez de Asúa establece a la imputabilidad como integrante del delito; Liszt y Mezger establecen a la imputabilidad como requisito del delito; los psicólogos establecen a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad; Maggiore señala que el juicio de culpabilidad presupone el de imputabilidad.

La imputabilidad va íntimamente ligada a la culpabilidad, imputar implica poner algo a cargo de alguien, es definiéndola, la capacidad de querer y entender el acto, por lo que el sujeto activo, debe tener la capacidad de quererla, aunada con la de entenderla de tener -

la capacidad de comprender, pues únicamente quien es capaz de representarse el hecho conoce su real significado, y de tal forma puede dirigir su voluntad.

Por su parte la Escuela Clásica establece que el hombre para ser imputable, requiere que los actos que realice, los haga con imputabilidad moral y libre albedrío, ya que debe existir, conciencia y libertad al momento de violar la norma penal.

La Escuela positiva niega el libre albedrío, y se establece de tal forma el determinismo, ya que el ser humano es responsable social y no moralmente, en consideración a que toda persona ya sea imputable o inimputable debe responder de la comisión de sus actos, estableciendo que los segundos mencionados deben recibir un trato diferente, consistente en internamiento en lugares específicos, o bajo tratamiento médico.

Es trascendental en nuestro derecho la determinación entre imputables e inimputables, y no obstante que como se ha mencionado los inimputables son socialmente responsables, quedan sujetos a determinados tratamientos especificados por la ley ya sea en libertad o internamiento, deben determinarse los procedimientos que se habrán de seguir, en consideración a que el Código Penal, ni el Código de procedimientos Penales, los consignan.

LA INIMPUTABILIDAD:

La inimputabilidad es la incapacidad de conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión.

Existe una serie de criterios que regulan los criterios para determinar la inimputabilidad de alguna persona, estas son: A) El criterio biológico, que establece que los sujetos, se encuentren con capacidad o no de querer y entender la conducta que realizan, tomando como referencia su edad cronológica, en virtud de que se considera que en el menor de 18 años, no ha existido -- aún una plena madurez mental.

El criterio psiquiátrico basa la inimputabilidad en el hecho de que en el sujeto activo, puede existir un trastorno mental permanente o transitorio, tratándose del primero de los mencionados, nos encontramos ante un caso de ausencia total de entendimiento y autodeterminación y en el segundo dicho estado moral, es eventual, y sobre todo, no es imputable al sujeto activo.

Existe el criterio mixto, que conjuga ambas corrientes.

El tercer criterio, es el criterio jurídico, que es aquel, que otorga al juzgador, la facultad de deter-

minar la capacidad del sujeto activo, así como de comprender el carácter ilícito de su actuar y de guiar su voluntad dentro de esos lineamientos.

Nuestra ley adopta el sistema biológico-psiquiátrico este atiende a tres factores para establecer legalmente la inimputabilidad, como son la biológica con la minoría de edad, y las psicosisiquiátricas que son estados de inconciencia y enfermedades mentales, tipificándolas es la fracc. II del art. 15. Dentro de las señaladas en la fracc. II del art. 15 que el sujeto activo se encuentra en un estado de inconciencia de sus actos ocasionadas por el empleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado tóxicoinfeccioso, respecto a esto la ingestión de dichos productos no produce una perturbación pura de la conciencia. Dentro del transtorno mental transitorio encontramos las causas ya mencionadas mismas que se han dividido en fisiológicas y patológicas. Respecto a esto encontramos el transtorno mental permanente el Código Penal señala para esta clase de personas un tratamiento especial, entregándose a los familiares o a quienes corresponda hacerse cargo de ellos mediante las medidas de tratamiento y vigilancia adecuadas, siempre este tratamiento no excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicada al delito.

En cuanto al trastorno mental transitorio escon--
 tramos que este puede ser completo o incompleto señalán--
 dose que en el primero encontramos ciertas entidades; -
 ebriedad completa fisiológica, ebriedad patológica, e--
 briedad del sueño, locura transitoria, sonambulismo, --
 hipnósis, psicosis post-partun, epilepsia, -paroxística,
 raptus emocional y pasional y estados oníricos, en el -
 trastorno mental transitorio incompleto encontramos: -
 estados crepusculares como: los oniroides, refleoides, -
 emociones violentas, puerperales, pre-paroxísticos epi--
 lepticos y los pos-paroxísticos epilepticos, en estos -
 casos de trastorno mental permanente y trastorno men--
 tal transitorio, se seguirán juicios especiales, y si -
 bien los sujetos que violan la ley penal en esos esta--
 dos de inconciencia no son responsables penalmente, si--
 estan sujetos a mediadas señaladas por el juzgador res--
 pecto a su tratamiento y curación, teniendo el Estado -
 de tal forma un total control sobre dichas personas, vi--
 gilando y protegiéndolo aún de sí mismo y sobre todo --
 protegiendo a la sociedad en contra de los posibles ac--
 tos delictuosos que pudieren ocasionar durante esos es--
 tados de inconciencia.

Los menores tiene tratamientos especiales en consi--
 deración a su inmadurez mental, por lo tanto se han ---
 creado los consejos tutelares para menores infractores,
 en la cual se canaliza la delincuencia de menores, pro--
 moviendo su readaptación social, sin la aplicación es--

tricta de las normas penales los cuales quedan en internamiento en el mencionado consejo tutelar para menores-infractores según la circunstancia del caso, para ser reintegrados posteriormente a la vida familiar en un hogar sustituto o bien en libertad o liberación vigilada.

El miedo como lo señala Carranza y Trujillo, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal - que realmente o que se finge la imaginación, tiene una-diferencia trascendental el miedo y el temor fundado, - pues mientras que éste segundo como su denominación lo-señala se encuentra fundado, el miedo es infundado, ya-que el mal o amenaza es inexistente e imaginado, es in-dudable que el miedo grave es una causa de inimputabili-dad cuando el peligro, mal ó amenaza es inexistente e - imaginado, será causa de inculpabilidad cuando surja -- de un peligro real grave e inminente.

LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA:

Liszt define a las acciones libres en su causa ("Actio libera in causa"): como cuando se produce un re-sultado contrario al derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad si bien esta conducta fué-ocasionada por un acto, (acción u omisión) doloso o cul-poso cometido en estado de imputabilidad.

Las acciones libres en su causa no son un aspecto-

negativo del delito en nuestro ordenamiento jurídico, -- ya que el vigente art. 15 en su fracc. II excluye de -- responsabilidad a aquellos que padezcan trastorno mental o desarrollo mental retardado, más no así aquellos sujetos que hayan provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente, es así que el sujeto activo antes de empezar a beber es capaz de querer y entender los actos que realiza, pero ya no lo es en el momento -- en que entra en el estado de ebriedad, y si bien en ese último momento el sujeto activo no tiene plena conciencia de lo que hace, es de reprochársele la imprudencia o la intencionalidad de encontrarse en dicho estado, y por el cual violó la norma penal; sin embargo las acciones libres en su causa pueden ser aplicadas a todas las incapacidades originadas imprudencialmente o intencionalmente por el sujeto, como sería el sueño, el hipnotismo, el sonambulismo, etc.,.

LAS FORMAS DE CULPABILIDAD.

EL DOLO.

El dolo es la figura característica de la culpabilidad; y ha sido estudiado por diversas corrientes jurídicas, algunas apoyando la conducta dolosa en el elemento psicológico de la voluntad otros en la representación, así es como surgen las tres teorías más aceptadas que son:

a) Teoría de la voluntad, entre los principales exponentes de esta Escuela encontramos a Carminagni que señaló que el dolo es el acto de intención más o menos perfecta dirigido a infringir la ley manifestada en signos exteriores; Carlenutti señala que el acto en sus efectos penales depende del querer, en su existencia y normalidad, denominando "intención a la dirección de la voluntad dirigida al evento contrario al evento mandado".

b) Teoría de la representación, en esta teoría se sustituye a la voluntad por la representación, estableciendo a esta segunda como el conocimiento del hecho y su significación, en esta teoría se establece que el sujeto activo al representarse en su mente el hecho delictuoso, lo quiere, y no le mueve dicha representación a cesar de su intención criminal.

c) Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada, esta teoría reúne a la teoría de la representación y a la de la voluntad, en ella se establece que para integrar el dolo es necesaria la voluntad como la representación ya que actúa dolosamente quien se representa en su mente el hecho y además lleva su voluntad a la realización del resultado, podemos inferir que la representación implica una previsión del acto, y la voluntad determina en relación con el fin, por lo que el dolo para esta corriente implica que el sujeto -

activo encamina su voluntad intencionalmente hacia la -
 realización de un hecho contrario a la ley conociendo -
 dicho carácter delictuoso y admitiendo en su fuero in-
 terno el resultado. Esta teoría es la más aceptable en-
 consideración a que con ella se configura realmente el
 dolo, y si bien en ocasiones lo representado en la men-
 te del delincuente como desado, no se produce realmente
 en el mundo fáctico, la mayoría de las veces se estable-
 ce la presunción de intencionalidad. El sujeto activo -
 al saber que su actuar voluntario viola un deber ya sea
 de hacer o de no hacer está actuando contra derecho, y-
 por la tanto tiene conciencia de la antijurídica de-
 su acción, por lo que los elementos del dolo son la re-
 presentación del hecho y su significación, y el elemen-
 to emocional que es en sí la voluntad, sin embargo el -
 delincuente en el momento de saber esta actuando en con-
 tra del derecho, no es necesario que sepa específicamen-
 te lo enmarcado por tipo penal, simplemente su propio -
 Yo le indica que viola las leyes de la sociedad, y que-
 su conducta es incorrecta.

LA CULPA:

En la vida diaria nos encontramos conductas en las
 cuales la falta de atención, pericia, etc. trae como --
 consecuencia la inmersión en el mundo penal, sin embar-
 go se establece la interrogante respecto hasta que gra-
 do debe existir esa pericia, ese cuidado, por lo cual -

se han crado diversas teorías sobre la culpa las cuales mencionan lo que es y en que momento opera.

La teoría de la previsibilidad señala que la culpa es aquella conducta en la cual el sujeto activo voluntariamente deja de cumplir el cuidado que debía tener, y calcular las consecuencias posibles y previsibles de su conducta, de aquí podemos inferir que el término más trascendente para establecer la conducta es la previsibilidad la cual radica en el hecho de que el sujeto activo hubiera podido y debido preverla, es decir no previó lo previsible; teniendo la obligación de proveer. -- Para List la culpa requiere una falta de precaución, -- una falta de previsión, falta de sentido.

Teoría de la imprudencia o negligencia, esta teoría señala que la culpa radica en la ausencia de voluntad de evitar el daño Villalobos en nuestra doctrina señala que la culpa se da: "Cuando (una persona) obra de tal manera, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precaución o cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por el mismo". (26)

Teoría de la causalidad, eficiente en esta teoría-

el sujeto activo voluntariamente en forma libre escoge los medios de acción, sin importar en este caso el que haya o no podido preveer, ya que lo que lo hace responsable es el que escogió libremente la actividad con la cual causó el hecho delictuoso en esta teoría encontramos un criterio diverso el cual señala que un sujeto actua con culpa por no haber obrado con los medios que el derecho señala. Esta teoría toma solamente en cuenta el resultado material sin tomar en cuenta el nexo entre la causa y el efecto, además de que cuando señala acerca de los medios que no son apegados a derecho deja un espacio insalvable ya que los medios que el derecho señala no entran en la culpa.

Teoría del error evitable, Manzini define esta teoría al señalar que la culpa radica en: "Una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o la disciplina, causante de un evento dañoso o peligroso previsto como delito en la ley, producido involuntariamente o bien por el efecto de la errónea opinión inexcusable de realizarlo en circunstancias excluyentes de responsabilidad penal" (27). Esta teoría es incorrecta ya que la culpa requiere la representación y la voluntad y no podría basarse en la falta de conciencia, ya que esta es un elemento en el que opera la voluntad motora.

(27).- Tratado di Diritto Penale Italiano, I, p. 515, - Torino, 1920

Teoría de la culpa como defecto de la inteligencia, en esta corriente se establece que la culpa reside en los vicios de la inteligencia, estos serían la falta de previsión, de cuidado, etc.

La culpa implica una imprevisibilidad así como un deber de cuidado, ya que lo previsible es evitable, en la culpa se viola un deber, pero no el deber que señala la norma penal sino otro diverso, por lo tanto el sujeto activo rebasa la línea abstracta que crea el peligro, infringiendo así el deber de cuidado o la prohibición que la ley establece. El incumplimiento al deber de cuidado de pericia, etc. viola ese deber, ya que con él se origina un hecho delictuoso, pero esa conducta no está dirigida por la voluntad a causar el resultado obtenido, es así que como concepto de culpa estableceremos que es: "Aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni 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 aconsejables por los usos y costumbres. (28)

De esta definición surgen los elementos de la culpa que son: a) Una conducta voluntaria, b) Un resultado típico y antijurídico, c) Un nexo causal entre la con-

ducta y el resultado, h) La naturaleza previsible y evitable del evento, d) ausencia de voluntad del resultado y e) Una violación de los deberes de cuidado.

La culpa se subdivide en dos: la culpa consciente o con representación, que es aquella en la que el sujeto activo se representa en la mente la posibilidad de causar un daño por la ejecución o abstención de sus actos, pero que tiene la esperanza de que las consecuencias dañosas no se presenten. La culpa inconsciente o sin representación es aquella en la que el sujeto activo no previó el resultado de su acción o inacción por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable, en este caso se pueden presentar dos situaciones en la primera de las cuales el sujeto activo no conoce la naturaleza de su acción ni sabe que podría producir el resultado de que ha sido causa, y el sujeto activo está en culpa por haber dejado de obtener el conocimiento necesario sobre la naturaleza de la acción y del resultado producido, - en el segundo caso el sujeto activo conocía la naturaleza de su acción, conocía los resultados por lo que pudo preverlo; es en este punto cuando entramos a observar el problema referente a la representación del resultado típico, ya que el sujeto que se representa el daño que puede causar tiene mayor culpa, que aquel que no se representa el peligro o el daño que puede causar. El derecho Romano clasifica la culpa en lata, leve, y levísima

y nuestro ordenamiento penal observa también la intensi-dad de la culpa, por lo tanto es importante el determi-
nar la mayor o menor previsibilidad, el mayor o menor -
cuidado que se debió tener.

DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE:

En esta corriente se niega la culpa con previsión-
por considerar que esta implica el dolo, en la culpa se
tiene la esperanza de que el resultado no se producirá;
la principal diferencia que existe entre la culpa cons-
ciente y el dolo eventual radica, en que, como se ha --
mencionado, en la culpa consciente la voluntad no está-
dirigida a realizar el resultado, ya que el sujeto acti-
vo confía en que este no se producirá, mientras que en-
el dolo eventual el sujeto quiere obtener el fin a pe--
sar de que se produzca el resultado, en el dolo even---
tual existe un menosprecio al resultado y en la culpa -
con previsión se abriga la esperanza de que éste no apa-
recerá; en el dolo eventual hay aceptación de resultado
previsto y en la culpa conciente no.

En nuestra legislación la culpa queda comprendida-
dentro del art. 9 párrafo segundo del Código Penal que-
señala: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho
típico incumpliendo un deber de cuidado, que las cir---
cunstancias y condiciones personales le imponen". Den--
tro del citado artículo debemos establecer la capacidad

que debe tener el sujeto activo, siendo esta lógicamente la que tiene el hombre medio, ya que solamente se -- configurará la culpa de lo que se puede preveer.

Dentro de la culpa encontramos diferentes manifestaciones de la misma como son la imprudencia, la negligencia, y la impericia.

Existen ocasiones en las que el sujeto activo tiene culpa pero también la tiene un tercero o la víctima misma, sin embargo no puede existir compensación de ella (la culpa), más esta inoperancia de la compensación no equivale a negar la concurrencia de culpas, ya que -- como lo señala la teoría de la equivalencia de las condiciones, cada una de las acciones culposas es causa o producción del resultado, por lo que la concurrencia de culpa del pasivo no excluye la del autor.

LA PRETERINTENCION:

Esta figura es aquella en la cual el sujeto activo actúa, concurriendo en ese acto algún elemento de la -- culpa pero no existe plena coincidencia entre dicho elemento y el resultado típico producido. La naturaleza jurídica del delito preterintencional ha sido estudiada -- por diversos autores; para la Escuela Clásica la preterintencionalidad se sitúa en un grado máximo de culpa, -- por lo que queda aún dentro del estudio de la culpa y --

el dolo. Para otra teoría debe estudiarse dentro de los delitos culposos, señalando que si el resultado de la conducta del sujeto activo guiado por su voluntad es de carácter doloso es previsible, se responde por el resultado mayor y no se rebasa la teoría de la culpa, si el resultado no es previsible, nos encontramos ante el caso fortuito que entra en la naturaleza de la culpa. Otra tendencia señala que el delito preterintencional es una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto al evento querido, culpa por el resultado material causado no previsto a pesar de ser previsible; esta teoría fue criticada al señalar que en una misma acción no se puede observar tanto el dolo como la culpa, ya que su coexistencia no puede ser admitida tratándose de un mismo hecho. El Maestro-Porte Pettit es de la opinión de que la preterintención es una suma del dolo directo en relación al delito querido y culpa en el resultado material. En nuestro concepto la teoría de el maestro Porte Pettit es la más acertada; ya que el sujeto activo al representarse el delito querido y su resultado obra dolosamente, pero puede suceder que por una causa no imputable al delincuente por falta de previsión realice un hecho que va más allá del delito que se representó, esto queda más claro al citar lo que señala Reyes Navarro respecto a la preterintencionalidad, de la que dice: "Aceptamos que la gente obró con dolo respecto a las lesiones y que, además, se representó la posibilidad de un daño mayor que no quiso no aceptó, sino tenía la es-

peranza de que este resultado no sobrevendría. En este ejemplo - Concluye - existe delito preterintencional, - formado por la concurrencia de dolo directo en el inicio más culpa con previsión en el resultado. Como queda anotado, hay que atender, primordialmente, a la postura psicológica del agente. No es lo mismo que el sujeto activo prevea y acepte (dolo eventual), a que prevea y -- tenga esperanza de que ese resultado no se producirá" - (29).

Los delitos calificados por el resultado como señala la Fco. Pavón Vasconcelos 'aquellas situaciones captadas por la ley', de conducta dolosa que produce resultados más graves de los previstos y queridos, en los que la pena se aplica en función del principio meramente -- causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor. En estos delitos la atención radica en el resultado y no en el fin perseguido por el autor, en estos delitos se pone de manifiesto la responsabilidad objetiva y no el aspecto subjetivo del hecho delictivo.

El versari in re illicita en este principio el sujeto que realiza un acto delictivo responde de él a título de dolo, dejándose a un lado la culpa. En nuestra legislación la Suprema Corte de Justicia señala que la --

(29).- Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Ver., tomo IV, No. 2 pág. 716

responsabilidad penal derivada de la culpa o de la imprudencia debe quedar plenamente probada, ya que contra ella no existe presunción *juris tantum* como sucedía en los delitos intencionales. En nuestra legislación la preterintención esta consignada en el art. 8o del Código Penal del D.F. que señala que los delitos pueden ser preterintencionales; el párrafo II del art. 9o. señala: "obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia" (30)

La redacción de nuestro Código es acertada ya que señala la coincidencia del dolo respecto al resultado querido o aceptado y culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor. El caso de preterintencionalidad reduce la pena hasta una cuarta parte del aplicable, si el delito fuere intencional. Es por lo tanto que en nuestro derecho positivo en el momento de dictarse un auto de término constitucional o una sentencia en el caso de delitos preterintencionales, debe quedar plenamente comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y siendo que en los delitos preterintencionales, el sujeto activo desea un resultado distinto al producido, la intención delictuosa del resultado material no queda plenamente comprobada, por lo que solo se presume, la culpabilidad debe probarse, y si esta no se veri

(30).- Código Penal..... op. cit. pág. 426

fica, debe decretarse la libertad del procesado.

LA INCULPABILIDAD:

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad siendo dos las principales causas de inculpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conducta.

IGNORANCIA Y ERROR:

El error es una idea errónea respecto a una situación o un objeto, la ignorancia es un desconocimiento total de una cosa o de una situación. En nuestra legislación el término utilizado es error, siendo en nuestro concepto acertado dicho término. El error tiene dos especies que es el error de hecho y el error de derecho, no existiendo un límite entre ambos conceptos y debiendo darse mejor la aceptación de error de tipo y error de prohibición, en consideración a que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. El error de derecho es aquel en el cual el sujeto activo argumenta no haber sabido que su conducta se encontraba sancionada por alguna ley; la ignorancia de la ley o el error que sobre la misma se tenga que sea de carácter invencible por razón del aislamiento o del atraso cultural del sujeto activo reduce la pena, no es un excluyente de responsabilidad penal, sino que se trata como un caso especial de

política criminal. El error de hecho se divide en esencial y accidental en el primero se produce la inculpabilidad cuando es invencible; en el error esencial vencible el sujeto activo preve la conducta y su resultado - por lo que actúa con culpa, ya que la pudo y debió evitar.

El aberratio in actus es aquella situación en la que el sujeto activo cae en un error de acto, ya que -- queriendo la realización de lo que se representó en su mente, se produce un acto totalmente diferente, sería el caso en el que el delincuente quisiera realizar un robo y realiza un fraude, es por lo tanto que no existe en este caso excluyente de responsabilidad penal ya que la intención era criminal en sí misma, pero hubo un error de apreciación subjetiva y de realización material. El aberratio in persona, es aquella situación en la que el sujeto activo desea causar un delito, en contra de una persona determinada, pero por un error de -- cálculo no lo realiza en contra de la persona deseada -- sino en contra de otra, como sería el caso en el que el sujeto activo dispara a "X" y en ese momento se atraviesa "Y" y lo mata, dejando con vida a "X", en este caso -- tampoco opera la excluyente de responsabilidad penal en consideración a que la intención era causar un delito y este no se produjo en contra de la persona querida.

DELITO PUTATIVO:

En este delito el sujeto activo considera que la conducta que realiza es un delito, pero la norma penal que el cree existente no es violada, en consideración a que no existe; quedando por lo tanto el delito en la mente del sujeto sin trascendencia al mundo jurídico.

Las eximientes putativas son aquellas situaciones en las que el sujeto activo por un error de hecho insuperable al realizar una conducta ilícita de derecho penal, cree fundadamente, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta lícita sin serlo. Es por lo tanto que las eximientes putativas quedan configuradas dentro de las causas de inculpabilidad y en sí de todos los elementos negativos del delito.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA:

Es aquella en la que el sujeto activo viola una prohibición de la ley, en consideración a una situación subjetiva u objetiva, de nobleza o emotividad, dentro de estas causas de no exigibilidad de otra conducta encontramos el estado de necesidad, la coacción, violencia moral, y el encubrimiento de parientes o personas ligadas por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad.

El estado de necesidad se da cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, este operará como causa de inculpabilidad cuando el sujeto activo se en-

cuentre ante una situación de peligro, en la cual que--
den en juego bienes jurídicos de igual valor, se sacri--
fica a uno de ellos para salvar al otro; el temor funda--
do e irresistible que se lleva a cabo mediante la coac--
ción o violencia moral es aquel que se realiza atraves--
de amenazas de un peligro real, actual e inminente, con
la cual se vicia la voluntad del sujeto activo, ya que--
el sujeto activo se encuentra ante una situación de pe--
ligro, en la cual el deber queda en un segundo plano --
respecto de su propia integridad. El encubrimiento de -
parientes y demás sujetos a que se refiere el art. 400-
fracc. V del Código Penal es una causa de inculpabili--
dad, ya que se puede exigir a un sujeto que no proteja--
a sus familiares, allegados, amigos íntimos o alguna --
persona a la que se le agradece algo; más sin embargo -
ese encubrimiento debe ser posterior a la ejecución del
delito, ya que de lo contrario, estaremos ante la parti--
cipación delictuosa.

EL CASO FORTUITO:

Es aquella acción del hombre que se haya fuera de--
los límites de la previsibilidad humana, situándose por
lo tanto fuera del dolo, la culpa y la preterintención,
ya que existe una imposibilidad humana de preveer lo --
que no es previsible, sin embargo algunos autores consi--
deran que todos los hechos del mundo se rigen por la --
ley de causalidad, pero no habiendo actuado el sujeto -

activo con voluntad de obtener el resultado por negligencia o imprudencia no da lugar a reprocharle su conducta, ni siquiera a título de culpa lata, ya que surge el caso fortuito que esta más allá de lo humano. La doctrina afirma que el caso fortuito es el límite de la culpabilidad, donde termina la culpa surge el caso fortuito; atendiendo la teoría de la equivalencia de las condiciones y descartado el dolo y la culpa el caso fortuito se convierte en un caso de meta culpabilidad no existiendo culpabilidad por lo tanto ni responsabilidad penal.

LA PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS:

El art. 7o del Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la República en materia Federal señala: "Delito es ... acto u omisión que sancionan las leyes penales" (31). Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como: "La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (32)

La punibilidad ha sido estudiada por la doctrina en dos corrientes, una que la considera elemento del delito y otra que la considera su consecuencia. Debemos -

(31).- Código Penal para el D.F. op. cit. pág.

(32).- Pavón Vasconcelos op. cit. pág. 453

ante todo hacer una diferenciación entre las normas del derecho penal y las normas de otros derechos, en el derecho penal existen normas que describen conductas en las cuales ve implícita la pena, en otras se establecen prevenciones generales sobre la aplicación o inaplicación de las penas. La obligación jurídica de cumplir con lo que la norma establece es la amenaza de la pena, ya que si no tiene señalada la sanción punitiva pierde eficacia y se convierte en una norma declarativa, por lo tanto la pena dentro de las normas del derecho penal es una consecuencia del delito, pero no debemos confundirla con la punibilidad que es un elemento del delito. Por lo cual negamos la existencia de delitos no punibles, ya que el carácter esencial del derecho penal es la punibilidad. Se ha establecido por los autores corrientes diversas acerca de la conceptualización del delito así para Bettiol, el delito es: "el hecho humano lesivo de interés penalmente tutelados", para Franz Von Litz, delito es: "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 el otorga su carácter específico. El legislador, aduce, no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción (unrecht), pues de los actos culpables (Delikte) selecciona alguna para formar hechos constitutivos de delitos sancionados con penas". (33). Por lo que se infiere las

(33).- Tratado de Derecho Penal II, Editorial Civitas, 3ª edición, Madrid Trad. Luis Jiménez de Asúa. 1974. p. 263 y 264.

discrepancias acerca de si la punibilidad es un elemento del delito o una consecuencia de él, Villalobos señala al igual que Fernando Castellanos que la punibilidad no forma parte del delito, señalando que la conducta o hecho en sus modalidades de acción u omisión son ilícitas en sí mismas cuando se oponen al orden jurídico, -- objetiva o subjetivamente, y la pena es la consecuencia es la reacción social en contra de esas conductas anti-jurídicas y culpable sin embargo aún a pesar de los argumentos vertidos por los autores que defienden el hecho de que la pena forme parte del delito en sí, estudiando a fondo el problema se concretiza que el delito puede existir sin pena, por lo que no es una parte esencial y trascendente del mismo, ya que puede existir el delito sin pena pero en ningún caso delito sin punibilidad, por ser esta parte esencial del concepto de delito.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD: (EXCUSAS ABSOLUTORIAS)

Las excusas absolutorias constituyen el aspecto de la punibilidad y dan lugar a la inexistencia de la pena. Las excusas absolutorias son aquellas en las cuales realizado el delito por mandato de la ley no se impone la pena por motivo de política criminal. Jiménez de Asúa define a las excusas absolutorias de la siguiente manera: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que un acto típico, anti-jurídico, imputa-

ble a un autor y culpable, no se asocie pena alguna o -razones de utilidad pública" (34). Nuestro Código Penal establece algunos casos en los que se establecen excu--sas absolutorias, por ejemplo: El art. 15, fracc. IX; -138, 151, 247, fracc. IV, párrafo segundo; 280, fracc.-dos, párrafo. segundo; 333, 349, 375,.

(34).- La punibilidad y su ausencia. Criminalia, p. 417
XXVI, 1960.

C A P I T U L O I I I

II.- Elementos de la Violación.

Antes de entrar al estudio de los elementos del delito de violación, nos abocaremos a establecer la definición de violación que los diferentes autores han estructurado. El maestro Porte Pettit citando a Maggiore señala: 'El de violación carnal nos dice Maggiore, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas, Fontan Balestra considerará, en su aceptación más amplia a la violación como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima. Para Soler el delito de violación es el acceso carnal con persona de uno o otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.

Por violación propia debemos entender, la cópula -- realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva. (1).

Adentrándose al estudio de los elementos constitutivos del delito de violación, estos se han clasificado de diferentes maneras, para los elementos constitutivos de la figura típica de violación son: a) la cópula, y b) la violencia física o moral o la edad menor de 12 años del suij. pasivo u otras causas que impiden producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir. Ranic-

(1).- Porte Pettit Caudaudap, Celestino, Ensayo dogmático sobre el delito de violación, 4a. Ed. Porrúa S.A. - México, 1985, pag. 12

ri señala que los elementos constitutivos de la violación son: un sujeto activo, una conducta criminal, el objeto material el evento y el dolo generico, Cuello Ca lón por su parte señala que es el hecho de yacer ilícitamente y la voluntad de yacer, Puig Peña señala como elemento de la violación, un acto de yacimiento con una mujer, a través de la fuerza o la intimidación, que dicha mujer se encuentre privada de razón o de sentido y que sea menor de 12 años. La Suprema Corte de Justicia ha resuelto que los elementos constitutivos de la violación son el ayuntamiento por violencia física o moral, que no exista voluntad por parte del sujeto pasivo y las señales de violencia resultado de los actos ejecutados para defenderse de la agresión. El maestro Porte Petit señala que los elementos de la violación son los mismos que en los de todos los delitos más los específicos del mismo.

Elemento material: Cópula.

Para el estudio del primer elemento del delito de violación consistente en la cópula es imprescindible su conceptualización. Cópula significa en su aspecto sexual, la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. Por lo que si el tipo exige que se tenga cópula con alguna persona, esta debe ser viva dejando aún lado la cópula con cadáveres, así como la inseminación artificial, ya que la cópula debe ser un acto -- ser

que produzca el contacto físico entre los órganos sexuales femenino y masculino, es necesario la penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal u oral; sin embargo esta conducta no tiene ninguna relevancia jurídica, si no va acompañada de la violencia física o moral o, se realiza con persona menor de doce años o que este imposibilitada de conducirse voluntariamente o de resistir, por lo tanto la resistencia del sujeto pasivo es trascendental para la configuración del delito de violación. La cópula puede ser completa o incompleta, en la cópula completa estamos hablando propiamente de la violación, y en la cópula incompleta de su tentativa.

La cópula puede ser normal; para algunos autores se señala que la cópula (acceso carnal) constitutiva del delito de violación es aquella en la que se establece la introducción del órgano viril en el órgano genital femenino, excluyendo cualquier posibilidad anormal entre personas del mismo sexo, excluye asimismo el que pueda constituir violencia carnal el coito oral entre personas del mismo sexo, otra corriente señala que la cópula puede ser normal y anormal entre personas de cualquier sexo, excluyendo solo la cópula oral, la tercera corriente señala que la cópula puede ser normal, anormal y la cópula oral configurativas del delito de violación. Esta última corriente es la más acertada en consideración a que nuestro código en su art. 265 seña-

la " Al que por medio de la violencia física o moral --
 tenga cópula en una persona sea cual fuere su sexo
 " .

La cópula normal se establece en el momento en el-
 que existe el ayuntamiento normal o anormal, con eyacu-
 lación o sin ella y en la que existe la introducción --
 del organo sexual del sujeto activo aún cuando no se --
 realice completamente. Por lo tanto el delito de viola-
 ción en su primer elemento constitutivo queda configurado
 con el hecho de yacer o de tener conjunción carnal -
 de forma normal o anormal, entre personas de diferente-
 sexo o del mismo, pero siempre a través del órgano geni-
 tal masculino, y no por cualquier otro instrumento.

CLASIFICACION DE LA VIOLACION EN ORDEN A LA CONDUCTA:

Se trata de un delito de acción que puede realizarse
 se a través de uno o de varios actos. Es evidente como -
 lo señala la legislación penal, el hecho de que la vio-
 lación se realice a través de un hacer, ya que el sujeto
 activo debe realizar movimientos corporales, mismos que
 jamás podrán ser ejecutados por un no hacer; considerando
 además que la violación va acompañada de violencia, -
 sea esta física o moral, por lo tanto se evidencia la -
 naturaleza activa del delito de violación. La violación
 puede ser realizada por medio de un solo acto o de va--

rios, por lo que entra en la clasificación de unisubsistente y plurisubsistente. Aquí entra la vis absoluta y la vis compulsiva.

CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO:

A este respecto el delito de violación es de mera conducta en consideración a que el tipo se configura -- con la sola realización de la cópula violenta, sin necesidad de mutación en el mundo externo, y así lo establece el art. 265 del Código Penal, respecto a que no exige un cambio en el mundo exterior, señalando solamente la conducta y los medios por los cuales puede ser realizada. Es un delito instantáneo porque se agota en el momento de su consumación; es decir tan pronto existe la penetración del miembro viril en el órgano sexual femenino, o en el momento de penetración del miembro viril por cualquier cavidad (vaginal, anal u oral) se consuma. Es un delito de lesión, ya que con la conducta de yacer violentamente el bien jurídicamente tutelado por la norma penal es lesionado.

La ofendida es obligada en contra de su voluntad a unirse carnalmente con persona a la cual no le ha dado su consentimiento, yacimiento que se hace ultrajando la integridad física y moral de la víctima, obligándola a conducirse de una manera distinta a la por ella deseada.

En el delito de violación el aspecto negativo de la conducta no se puede observar, ya que como anteriormente se ha manifestado el tipo requiere esencialmente una acción, que radica en el hecho de yacer, de unirse carnalmente, en tener acceso carnal por lo que es un delito necesariamente de ejecución, de acción, de conducta. Se daría la ausencia de conducta en el caso en el que la voluntad del sujeto activo y del sujeto pasivo se encontraran violentadas, más esto no puede ser, ya que el tipo requiere que exista un agresor (con voluntad) y una víctima sin voluntad.

TIPICIDAD:

La tipicidad se dará cuando la conducta desplegada por el sujeto activo se encuentre adecuada a la conducta que describe el art. 265 del Código Penal. El delito de violación que describe el art. 265 del Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la República en materia Federal es un tipo fundamental o básico en consideración a que no depende de ningún otro tipo. Es autónomo de formulación casuística en razón de que el tipo señala todos y cada uno de los elementos que la conducta desplegada por el sujeto activo debe reunir; es alternativamente formado en cuanto a los medios puede ser empleada violencia física o la violencia moral; o bien de las personas, que pueden ser del mismo sexo o de diferente. Y referente a los elementos normativos es

tos serán de acuerdo a quien los estudie; debiéndose establecer en mi concepto como elementos normativos el de violencia física, moral, cópula.

ELEMENTOS DEL TIPO:

El art. 265 del Código Penal no requiere referencia temporal, especial, ni elementos subjetivos ni normativos. El bien jurídico tutelado por el delito de violación es la libertad sexual de las personas, es la copular con la persona que libremente la voluntad elija y no hacerlo con quien no fuere su gusto o agrado. Carrara señala que el delito de violación ofende la pudicia individual, Belling lo coloca entre los delitos contra la honestidad de la mujer. Mezger, Manfredini, Altolisei, Rainieri, Panjain y Contieri afirman que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es la libertad sexual de las personas. González de la Vega señala el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia -- constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material -- en el cuerpo del ofendido anulando así su resistencia -- (violencia física, vis) o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves -- que por la intimidación que producen o evitar otros da-

ños le impiden resistir (violencia moral, metus) Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal en la libre determinación de su conducta en materia erótica. González Blanco considera también que el bien jurídico que se lesiona en la violación es la libertad sexual, "supuesto que los medios violentos que se emplean para la obtención de la cópula son precisamente los que impiden a la víctima la libre determinación de su conducta". (2) Jiménez de Asúa señala que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es la honestidad, el pudor individual. Saltelli y Romano Difalco, señalan que es la disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites del derecho y de la costumbre social (3) los tribunales han establecido que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual de las personas, el derecho aún de las prostitutas de conducir se voluntariamente en sus relaciones sexuales.

SUJETO ACTIVO:

La cópula puede ser realizada por el hombre en la mujer por vía vaginal, anal u oral y en el hombre por vía anal y oral; respecto a la cuestión de quién puede ser sujeto activo en la violación, se establece la dis-

(2).- Jiménez de Asúa... op. cit. pág. 243

(3).- Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale, III, - p.50, Padova 1952

yuntativa respecto a que si la mujer puede ser sujeto a activo del delito de violación.

Anteriormente el problema acerca de que si la mujer podía ser sujeto activo en la violación tenía su naturaleza jurídica, en el hecho de que el hombre era --- quien penetraba era quien accedía y la mujer la penetraba y accedía, además de que la erección no se puede provocar mediante violencia, ya que la fuerza física es medio inidónizo, por la peculiaridad del acto fisiológico del hombre, por lo que los impulsos se ven coartados y no es posible la actividad sexual masculina. La violación entre mujeres no es posible en consideración a que no hay fenómeno copulativo o ayuntamiento dada la ausencia de introducción sexual. Sin embargo la violación a través de la violencia moral sí puede ser configurada, ya que el individuo si se encuentra con miedo o zozobra es posible que no alcance la erección sin embargo por actos reflejos puede ser posible (y así lo es) que obtenga dicha erección y penetre al sujeto activo. Además de que el tipo que señala el art. 265 del Código Penal comprende la cópula oral, misma que puede configurar el delito de violación, en el caso de que el sujeto pasivo se encuentre violentado moralmente, pero la naturaleza provoca la posibilidad de la erección y por lo tanto de la violación a través de la eyaculación o sin ella.

SUJETO PASIVO:

El art. 265 señala que puede ser sujeto pasivo de la violación cualquier persona, de lo que se refiere -- que el sexo es indiferente. La persona que señala el tipo debe ser un ser humano vivo, excluyendo a los animales y a los cadáver, ya que en el primer caso nos encontraríamos ante la aberración sexual del bestialismo, y en la segunda ante la profanación de cadáver, prevista por el art. 281 frac. II del Código Penal, que lo enmarca en la también aberración sexual de la necrofilia. Por lo anteriormente expuesto del sujeto activo, se infiere que el sujeto pasivo puede ser hombre o puede ser mujer por lo tanto se abarcan los casos de homosexualismo, en los cuales las conductas desplegadas por el sujeto activo (hombre) sobre el sujeto pasivo (hombre) queda debidamente tipificada, adecuada por lo señalado en el art. 265 del Código Penal. El sujeto pasivo no debe reunir condición especial no es necesario que el pasivo sea casto y honesto; sin embargo respecto a los menores de doce años el art. 265 señala que se configurará la violación aún cuando no haya violencia, lo mismo menciona respecto a aquellas personas que no tengan la posibilidad de resistir la conducta delictuosa. Respecto a este último aspecto, existe el vicio de nulidad que se encuentra insito en todos los actos de las personas que no están en su cabal juicio, ya que no existe capacidad de querer y entender. Es en este caso en donde encontramos la violación equiparada, en donde se protege penalmente a aquellas personas privadas de la razón, aún cuando el

sujeto activo no hubiere ocasionado el estado o situación de que se aprovecha para lesionar la libertad sexual de su víctima, es por lo tanto que en este apartado de violación equiparada entran las personas menores de doce años, los enajenados mentales apreciados por esquizofrenias o disgresiones de las funciones psíquicas. No tiene relevancia la voluntad del pasivo, pues carece de validez en consideración a que la persona se haya impositivada para comprender el alcance y significado de sus actos, no siendo necesaria la declaración judicial de enajenación mental, basta la pública y notoria enajenación mental. Si el sujeto activo cópula con la clase de personas anteriormente mencionadas con consentimiento de éstas, y sin saber ni evidenciar el estado de enajenación mental que sufría la víctima debido a un error inculparable, deberá absolvérsele, en consideración a que falta la base necesaria para formularle un juicio de reproche.

OBJETO MATERIAL:

El objeto material en el delito de violación será aquel sobre el cual recaiga la conducta del sujeto activo, por lo que de acuerdo a lo que se ha fundamentado anteriormente el objeto material puede ser indistintamente un hombre o una mujer.

VIS ABSOLUTA:

"Violencia es la fuerza o ímpetu en las acciones, la fuerza con que a uno se obliga a hacer lo que no quiere". "... la fuerza es la violencia que se hace a otro con intención de causarle un daño en su persona o sus cosas, no pudiendo defenderse de ella..." (4).

La violencia física es el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo para los efectos de imponerse la conjunción carnal en contra de su exteriorizada e inequívica manifestación de falta de voluntad a través de actos de resistencia física y moral de la víctima que no den lugar a dudas acerca de su indisposición y negativa de copular. La fuerza física debe ser suficiente para vencer la resistencia del sujeto pasivo, y debe estar en correlación con la constitución física de la víctima. La violencia auténtica se manifiesta cuando el sujeto pasivo exterioriza su oposición a la cópula a través de gritos o actos de protesta que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria a la del agresor. La mujer que en verdad no quiere copular tiene un y mil medios para comprobar que su resistencia fué real, sería exenta de simulación y con una auténtica falta de voluntad constante por ser mantenida desde el inicio del ataque hasta su término.

La denuncia del delito de violación, se puede pre-

(4).- Diccionario de Jurisprudencia criminal mexicana, p. 167-168 México 1850

sentar mucho tiempo después de haber tenido realiza—
ción, han existido y existen casos, en los que la víctima
se encuentra por el temor que el activo ejerce sobre
ella, silenciada, por lo que al presentarse en la Agencia
Investigadora, el Agente del Ministerio Público, si
se reúnen los requisitos de procedibilidad debe ejercitar
la acción penal en contra del sujeto activo, con todas
las repercusiones que esta lleva implícita. Por lo
que la víctima de la violación en cualquier momento después
de haber sufrido la agresión puede presentarse ante
el órgano ministerial e iniciarse la investigación y
en su caso la consignación del presunto responsable ante
el juzgador.

La violencia física no debe ser necesariamente irr
resistible basta que la violencia física ejercida por
el agresor conmine la voluntad de la víctima, hasta conquer
verla de la inutilidad de sus esfuerzos de resistencia.
La violencia física debe caer necesariamente sobre
el cuerpo de la víctima, no sobre personas o cosas que
la rodeen.

La violencia física no tiene ningún efecto para integrar
el delito de violación, en el caso de que la víctima
de su consentimiento, ya que en ese caso nos encontra
mos ante el sadismo que puede dar lugar a responsabilidad
por delitos diversos, lesiones, etc.

lementos exigidos por el art. 265; y estas serán cuando exista consentimiento del sujeto pasivo. El consentimiento es una condición negativa del hecho, es decir no existe violación, en este caso se imposibilita la valoración antijurídica de la conducta. En la violación impropia aún cuando exista consentimiento se configurará la violación, y si se ejerciere violencia aumentará la penalidad. La falta de calidad exigida por el tipo al sujeto activo y al sujeto pasivo no se dan en la violación, en consideración a que el tipo no exige una calidad específica en ninguno de ellos; la ausencia de objeto o la existencia de este no satisfaciendo las exigencias de la ley por cuanto sus atributos, opera en el caso en el que no exista un cuerpo vivo en el cual penetrar, o existiendo ese cuerpo, se encuentre inerte. En cuanto a las referencias de tiempo y espacio el tipo no las exige. Referente a los medios de comisión la violación se realizará necesariamente por medio de violencia, ya sea esta física o moral.

La violación entre cónyuges se encuentra estudiada desde tres criterios diferentes, la primera que señala que no hay violación sino otro delito, la segunda argumenta que existe un ejercicio de un derecho, en la tercera que afirma la existencia del delito de violación entre cónyuges.

El primer criterio señala que el marido tiene dere

cho copular con la mujer, y si lo hiciere contra la voluntad de la esposa o por medio de la violencia física o moral, no cometería el delito de violación, en consideración a que el hombre ejerce un derecho. El hombre tiene el derecho según esta teoría a imponer la cópula; y también habrá violación cuando el marido tenga alguna enfermedad trasmisible, que pueda poner en peligro la salud de la esposa o de los hijos en consideración a — que no se viola la libertad sexual sino la salud, la cópula violenta del marido no lesiona, en consideración a la calidad de los sujetos, y en virtud del fin que tiene en sí el matrimonio; cuando se realiza la cópula por violencia moral no se ataca la libertad sexual porque — esta no existe en el matrimonio, por lo tanto no se produce la violación; sin embargo la imposición de la cópula de manera o vías no normal, tipifica la conducta dentro de lo enmarcado en el art. 265 del Código Penal; — Cuello Calón señala respecto a este punto: "El ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquél, al disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar, — en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa pues no hay por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, ser responsable en vías de hecho de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación" (5).

(5).— Cuello Calón, Derecho Penal, II, Edic. Civitas-Barcelona, 1955. 9ª edición, pág. 551.

El criterio que señala el hecho de que la violación es el ejercicio de un derecho, se ve puesto en tela de juicio por diversos autores quienes señalan, que si bien el marido tiene el derecho de copular con su esposa, no tiene la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, la negativa de la mujer autorizará el divorcio pero jamás el empleo de la fuerza, ya que la exigencia del fornicio matrimonial a través de la violencia no queda amparado por la excluyente de ejercicio de un derecho. Como se ha mencionado el consentimiento es la base fundamental de la libertad sexual, ya que la ausencia de este consentimiento en la cópula tipifica la violación, la mujer al casarse no hipoteca su libre albedrío, y mucho menos su libertad sexual, y si bien se sujeta al deber de fidelidad para con su esposo no por eso se convierte en sierva o esclava del marido, necesariamente obligada en todo lugar, y en todo momento a soportar el asedio sexual del esposo, sin tomar en cuenta su estado de ánimo, su constitución fisiológica, su situación patológica o el interés que ella pueda manifestar para tener relaciones carnales -- por lo tanto con lo anteriormente expuesto se establece que existe delito de violación entre cónyuges, tésis -- que es compartida por Araujo Valdivia quien estima que puede haber violación entre conyuges:

"Porque el matrimonio es un contrato civil -- insituado por el Estado para constituir la familia, que impone a los cónyuges obligaciones

cuyo cumplimiento es de carácter estrictamente personal, entre las cuales el débito conyugal no implica la renuncia de la libertad ni de la seguridad sexual de cada uno, ni menos aún de la dignidad personal, porque debe ser solicitado con amor y prestado voluntariamente para satisfacer el ímpetu carnal de los -- dos, su negativa injustificada o permanentemente motivada por la imposibilidad de su cumplimiento puede motivar el divorcio, instituido a su vez como un modo especial de rescisión del contrato de matrimonio, con las sanciones y consecuencias que establece la ley. -- Por tanto, dentro del régimen jurídico a que el matrimonio está sujeto y de acuerdo con el precepto que ofrece para marido y mujer autoridad y consideraciones iguales dentro del hogar (art. 167), resulta inadmisibles que el débito conyugal pueda ser solicitado de modo ofensivo y aún dañoso por su anormalidad o exigido con violencia física o mediante amenazas en nombre de un derecho que no existe ni puede existir, simplemente porque desnaturalizaría la entrega del ser humano en la más íntima y delicada de sus primicias, tan respetables como la vida, en cuyo cumplimiento participen todas las potencias del hombre. Si no fuera así si el marido pudiese lograr el débito conyugal contra la negativa de su esposa valiéndose de la violencia física o moral, se subvertiría el orden ético jurídico de la organización familiar moderna y se convertiría a la mujer en instrumento de placer o de satisfacción sexual sin su voluntad y tal vez repugnancia o con dolor, en detrimento de su seguridad física y sobre todo, de su dignidad humana cuyo indeclinable principio moral "e-nuncia que la persona humana no debe ser tratada jamás sólo como un medio, sino con un fin en sí misma", con el respeto y la consideración que merece sus propios atributos". --

(6).

Por lo tanto compartiendo este último criterio la violación entre cónyuges es factible.

IMPUTABILIDAD:

Para que un sujeto pueda ser imputable, es necesario que tenga la capacidad de entender y de querer, y en nuestra legislación tener además 18 años o más, el sujeto activo debe tener capacidad de culpabilidad; es así que en los casos en los que el sujeto activo tenga menos de 18 años, no será sujeto imputable, y tendrá un tratamiento especial, a través de los consejos tutelares para menores infractores; en el caso de los locos o de los trastornos mentales transitorios y permanentes se sujetarán a las reglas de los juicios especiales, no siendo sujetos de responsabilidad penal, respecto a las acciones libres en su causa previstas en la fracc. II del art. 15 del Código Penal son apercantés en el delito de violación, ya que si bien el sujeto activo se ha colocado dolosamente en un estado de inimputabilidad para cometer la violación, la conducta que realiza es típica no observándose en este caso, el aspecto negativo del delito. Sin embargo si el sujeto activo se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad, solamente

(6).- Transcripción: Araújo Valdivia. "El Delito de Violación" editorial Temis, 2a edición, México 1971. -- pág 169.

referente al estado de embriaguez sin querer realizar - la cópula, o si bien culposamente se coloca en el estado de inimputabilidad no puede responder del delito de violación, en consideración a que la violación es un delito esencialmente doloso. Y si bien es necesaria la violencia física o la violencia moral, es necesaria la configuración del dolo directo, ya que se requiere que el sujeto activo quiere desde el inicio la cópula. Dentro de la violación no se observa la culpa o imprudencia, ya que esta requiere la ausencia de voluntad del resultado, y existiendo la voluntad, habrá delito doloso. Hay delitos que por su propia naturaleza jurídica son dolosos, es aquí donde observamos a la violación, ya que el tipo requiere necesariamente el uso de la violencia física o moral para la reunión carnal sin consentimiento del sujeto pasivo.

Dentro del inter criminis, es posible que el sujeto pasivo otorge el consentimiento para la cópula, observándose diferentes situaciones, en la primera el sujeto activo ejerce violencia física o moral sobre el pasivo y no existe consentimiento al inicio de la cópula del sujeto pasivo, pero la resistencia se desvanece y al final de la misma el sujeto pasivo otorga su consentimiento, en este caso nos encontramos ante la tentativa de violación; por otra parte si al inicio de la cópula el sujeto pasivo otorga su consentimiento y posteriormente opusiera resistencia, nos encontraremos ante-

un caso de violación ya que no excluye de responsabilidad al sujeto activo el consentimiento primo del pasivo. La violación culposa por lo tanto no es aceptable.

INCUPLABILIDAD:

El delito de violación en su aspecto negativo de la culpabilidad se configura cuando nos encontramos ante la eximente putativa, al creer que por ser cónyuges se tiene el derecho de realizar por medios violentos y sin consentimiento del sujeto pasivo la cópula. En cuanto a la corriente que señala que no puede existir violación entre cónyuges, la eximente putativa tiene valor y existencia.

Otra de las causas de inculpabilidad es la no exigibilidad de otra conducta.

Condiciones objetivas de punibilidad y su aspecto negativo.

El delito de violación no requiere condiciones objetivas de punibilidad, y por lo tanto no observamos el aspecto negativo de la misma.

PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO:

El art. 265 señala la pena de 6 a 8 años de pri---

sión al que cometa el delito de violación propia, o violación instrumentada, pero si el sujeto pasivo fuere imputer la pena será de 6 a 10 años originándose un tipo complementado subordinado cualificado, el delito de violación no tiene derecho a fianza. En el delito de violación no opera ninguna excusa absoluta.

CAPITULO IV

TERMINOS:

El estudio minucioso de cada uno de los elementos - que conforman el tipo que provee el art. 265 en su párrafo II del Código Penal, resulta indispensable, ya que la adecuación de la conducta del sujeto activo al tipo resulta del conocimiento técnico que de cada uno de sus elementos se derive es así por lo tanto que el concepto - jurídico de cada uno de ellos da la pauta al C. Agente - del Ministerio Público para consignar a la Defensa para desvistuar la responsabilidad penal del presunto responsable o del procesado, y al Juzgador para la aplicación de la pena.

Y a pesar de que se estudio minuciosamente cada uno de los elementos de que a continuación se habla, es imprescindible dar una definición precisa de cada uno de ellos, como corolario del tema que se estudia.

Como en el primer elemento el tipo señala: "... al- que...", por lo que el sujeto activo es indeterminado no exigiendose calidad, cualidad o calificación del mismo, - puede ser cualquier persona.

El segundo elemento que menciona el tipo: "... in- troduzca por vía anal ..." por introducción se entiende:

"Acción y efecto de introducir o - introducirse. Disposición, prepara- ción, o lo que es propio para llegar

al fin propuesto". (1)

Por vía:

"Camino por donde se transita. --
Conducto por donde pasa algo". (2)

Y finalmente por anal:

"Músculo anal. Orificio del rec--
to". (3)

Es por lo tanto que de la adminiculación que de es-
tos elementos conforman la adecuación de la conducta al
tipo.

El tipo observa que la vía puede ser vaginal enten-
diendo para estos efectos por vaginal:

"Conducto membranoso, órgano fame-
nino de la copulación". (4)

- (1).- Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para juristas" Mayo ediciones S. de R.L. la edición, México, 1981 pág. 740
(2).- Ibidem. pág 1400
(3).- Ibidem. pág. 92
(4).- Ibidem. pág. 1382

Al señalar que la introducción debe ser con: "...- cualquier elemento e instrumento distinto del miembro - viril ..." se hace imprescindible el estudio de cada uno de los términos que emplea el legislador, para la comprensión real del tipo, por lo tanto debemos entender por cualquier:

"Una persona indeterminada, alguno sea el que fuere". (5)

Por elemento:

"Principio físico o químico que entra en la composición de los cuerpos, móvil fundamento o parte integrante de una cosa". (6)

Instrumento:

"Elementos materiales de que se sirven los autores de una infracción penal para prepararla, cometerla, complementarla o encubrirla". (7)

- (5).- Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para juristas" Mayo ediciones S. de R.L. 1a. edición, México 19--
81 pág. 346
(6).- Ibidem. pág. 103
(7).- Ibidem. pág. 730

Distinto:

"Que no es lo mismo; que tiene -- existencia o realidad diferente de -- aquello otro de que se trata". (8)

Miembro Viril:

"En el hombre, miembro, organo de la generación". (9)

El tipo alternativo, en razón de que se señala --- "o", pudiendo ser realizada la conducta por medio de un elemento o instrumento; los medios de ejecución exigidos son abiertos, por lo que puede comprenderse todo el universo de cosas existentes, este punto que deja abierto el campo a la indeterminación del tipo ya que el sujeto activo puede introducir los dedos, como puede introducir vidrios, siendo así distinta la connotación --- que del tipo se puede establecer.

La observación de la violación física o moral en el tipo llevan implícita aunque no necesariamente la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo, por lo que-

(8).- Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para juristas" Mayo ediciones S. de R.L. la. edición, México 19-- 81 pág. 469

(9).- Ibidem. pág. 866.

se debe delimitar el campo de cada uno de los términos-
entendiéndose por violencia física:

"Fuerza material que se ejerce so-
bre o contra una persona, alterando
el funcionamiento normal de su orga-
nismo". (10)

Por violencia moral:

"Constricción que un mal grave e-
minente ejerce sobre el espíritu-
humano violentando sus determinacio-
nes". (11)

Por ausencia de consentimiento:

"Ausencia- Tiempo en que alguien-
falta de un lugar es estar ausente-
o ausentarse". (12)

"Consentimiento- Conformidad de vo-
luntades entre los contratantes, o -
sea entre la oferta y su aceptación-
principal requisito de un contrato"
(13)

(10).- Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para juris-
tas" Mayo ediciones S. de R.L. la. edición, México 19--
81 pág. 1407

(11).- Ibidem. pág. 1407

(12).- Ibidem. pág. 145

(13).- Ibidem. pág. 305

LA RESISTENCIA REAL DEL SUJETO PASIVO:

Respecto a este punto, Alberto González Blanco seña
la:

"AUSENCIA DE VOLUNTAD.- la resistencia o sean los medios de defensa que la víctima debe oponer para no sufrir en su cuerpo el acto sexual en contra de su voluntad, es un requisito que ofrece problemas en su valoración.

Cuello Calón, al hacer referencia a este tema expresa que la dificultad de probar la violencia y la resistencia de la mujer, indujo a los jurisconsultos antiguos a establecer una serie de presunciones, que sirvieran de guía en sus estimativas, reduciéndolas a las siguientes: 1a que la resistencia fuera constante y siempre igual; 2a Que entre la fuerza del agresor y la de la agredida existiera una evidente desigualdad; 3a Que la agredida demandara auxilio; y 4a Que la mujer presentara en su cuerpo huellas y señales que atestiguaran el empleo de la fuerza.

La doctrina francesa y la italiana, exigen que la resistencia sea constante y de la misma intensidad que la violencia, sin tomar en consideración que en muchas ocasiones la oposición puede ser no sólo quebrantada sino anulada a consecuencia de la impresión o el miedo -- que la víctima experimente con motivo de la agresión de que se le hace objeto por lo que, al caer en esos casos no puede sostenerse que no exista la resis

tencia para dar por consentido el acto, sin que resulte fácil por otra parte poder determinar el grado de la resistencia, pues en su desarrollo intervienen factores de diferentes órdenes, como son la edad y las condiciones físicas de la víctima, las cuales deberán ser tomadas en cuenta en cada caso concreto para valorarla.

Uno de los problemas que se plantea en relación con este elemento, es la posibilidad de configurar la violación, mediando en un principio la violencia física y a la postre el actor consiga la libido de la víctima, logrando de esa manera el acceso carnal.

Salvagno Campos, opina que en ese supuesto, el actor está obligado a responder por violación, porque el sujeto pasivo que ha cedido en esas condiciones, no ha dado su consentimiento en forma espontánea, sino a virtud de que se puso en juego un factor que tendió a privarle la razón, reforzándose de esa manera la violencia efectiva con un elemento de violencia impulsiva.

No obstante la autorizada opinión emitida por Carrara, al sostener que "la mujer que verdaderamente no quiere, tiene medios muy positivos para evidenciar su contrariedad, tanto al hombre que la requiere, como después, al magistrado, de manera capaz de hacer indudable el dolo de aquél y dejar tranquila la conciencia de éste", compartimos la opinión de Salvagno Campos, por ser indudable, que la excitación de lo libido en esas condiciones, no ha sido

derivada de un acto provocado en forma violenta, y puede considerarse como un efecto estrictamente biológico que escapa a la voluntad de la pasiva. (14)

Es así por lo tanto que en el momento del ayuntamiento el sujeto pasivo, debe mantener una resistencia seria, no simulada, durante todo el tiempo que dure la agresión; la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene una posición opuesta a la señalada por González Blanco, respecto a la constancia en la resistencia del pasivo en consideración a que González Blanco manifiesta que existirá violación aún, cuando la víctima cae en excitación de la libido, argumentando que es una reacción estrictamente biológica, la Suprema Corte por otro lado, afirma que si la continuidad de la resistencia termina y la víctima cede al que intenta poseerla, no se configura la conducta típica de violación.

La opinión que se comparte es la de nuestro Tribunal Supremo, en virtud de que la víctima, debe durante todo el tiempo de la agresión, dejar a un lado el goce sexual, y si se observa éste por una reacción de la libido, no se estará trasgrediendo la libertad sexual del pasivo, por que existe en ese momento consentimiento para la cópula.

(14).- González Blanco, Alberto. "Delitos sexuales", Editorial Porrúa S.A. Edición, México, 1976. pág. 158

ELEMENTOS DEL TIPO.

Se hace imprescindible la concretización de los conceptos de tipicidad (elemento del delito) o de tipo (--- presupuesto de la tipicidad) en consideración a que la divergencia de opiniones trae como consecuencia la confusión en la apreciación técnica de la materia.

La tipicidad ha sido considerada como el requisito que da existencia a los principios fundamentales del derecho penal democrático; nos referimos al principio de positividad; de reserva, de legalidad, de concentración legislativa o de predominio exclusivo de la ley.

La gravedad de los medios empleados por el estado para la reparación del delito, la drástica intervención de los derechos más elementales, o fundamentales de las personas, el carácter de la "última ratio" (15) que es-

(15).- Cfr. Novoa Monrreal, quien nos dice, que "por --- ser el derecho penal la última ratio en el obedecimiento de las normas de conducta social y llevar consigo la más severa reacción que es posible concebir dentro de la función coactiva del Estado, se conecta directamente con los extremos dentro de sus características propias: por una parte sólo entra en acción cuando la perturbación del orden social alcanza un grado considerable; por otra, las medidas que emplean afectan gravemente la libertad del perturbador y hasta su vida, comprometiendo así valores suyos que se tienen por derecho penal en el presente siglo". Publicado en el libro de LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Vol. I, p. 95 Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

ta intervención tiene, impone la búsqueda de un principio que postule el poder punitivo estatal y confine a su aplicación dentro de los límites que excluyen toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio tradicionalmente conocido con el nombre de "Principio de legalidad". Constituye una garantía de seguridad en un estado democrático liberal respetuoso de los derechos del ciudadano.

Sainz Cantero señala: "el principio de legalidad - (Nullum crimen, nulla poena sine lege) encuentra esta formulación: ningún hecho puede ser considerado como delito sin que ninguna ley anterior a su perpetración lo haya considerado como tal (nullum crimen sine previa lege); no podrá aplicarse ninguna pena que no haya sido previamente establecida por la ley (nullum poena sine lege). (16) Su envoltura latina se debe a Feberbich qui en lo enunció en conexión en su teoría de la coacción psicológica, en cuanto que para que a la pena le sea posible cumplir la función de coacción psíquica sobre los ciudadanos, es preciso que el delito y la pena aparezcan claramente descritas en la ley. La idea que constituye el núcleo de principio de legalidad no encuentra su origen en el autor sino que es el fruto de una larga y apasionada evolución, donde se ha enfrentado, en lu--

(16).- Lecciones de derecho penal. Parte General. I. Introducción. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1979. pág. 38-39.

cha cruenta, con la arbitrariedad y los abusos del poder". Para Muñoz Conde, el "principio de legalidad", establece en la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como el determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regido por el "imperio de la ley", entendida esta como expresión de la "voluntad general". Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada", (17) Rodríguez Mourillo dice respecto al principio de legalidad, que este consiste en que ningún hecho puede considerarse delito si una ley no lo ha declarado así con anterioridad a su perpetración, ni puede imponerse pena alguna que no existiese previamente establecida por la ley: Nullum crimen, nulla poena sine previa lege". (18) Para nosotros el nullum crimen, nulla poena sine previa lege, significa el rechazo a considerar como delito toda conducta -- que no esté previamente establecida como tal por una ley anterior al hecho cometido y, que sus consecuencias jurídicas -- penas o medidas -- igualmente deben establecerse previamente a la conducta realizada.

En conclusión, nuestro derecho penal está regido por el principio de legalidad, el cual en esta materia da vida a lo que conocemos como "tipo". Para nosotros --

(17).-- Introducción al derecho penal. p. 80. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975..

(18).-- Derecho penal parte general, 3a. edición. Editorial civitas, S.A. Madrid, 1978. pp. 49-50.

el tipo constituye la descripción que hace el legislador respecto a una conducta o hecho que se considera materialmente antijurídico y, que con el establecimiento de un mandato (norma preceptiva) o una prohibición (norma prohibitiva) se le erige en formalmente antijurídica.

Algunos autores expresan su parecer respecto al -- concepto tipo penal, así Rodríguez Mourullo expresa: -- "Entendemos entonces por tipo el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad". (19) Wesels comenta, el tipo propiamente dicho, "se agotan en la descripción de las características que dan al delito de que se trata su individualidad y su contenido típico de injusto". (20) Campos opina, " 1) todo tipo penal es la descripción de una conducta punible. 2) contiene necesariamente un injusto al que caracteriza, o bien una norma prohibitiva" en la "trastienda del mismo (según sea la conducta detallada comisiva u omisiva; es decir un hacer o un no hacer). 3) En todo tipo penal se distingue un aspecto subjetivo, que contiene el dolo o la culpa y, a veces, elementos subjetivos, y otros aspectos subjetivos, que como ya adelantamos, incluye el núcleo del verbo, y los elementos objetivos, y normativos, y 4) hay que tener en cuenta tam--

(19).- Derecho penal parte general. pp. 239- 240. Editorial civitas, S.A. Madrid, 1978.

(20).- Derecho penal parte general. p. 38 Ediciones Depalma Buenos Aires, 1980.

bién que, como se trata de procederes humanos en el medio que los circunda, estos lo alteran, o sea, que cada movimiento voluntario del hombre, al igual que cualquier fenómeno de la dinámica produce un resultado, y este, según sea captada en algún tipo penal como daño o amenaza de un bien jurídico, determinará la descripción de un delito de lesión o de peligro o quizás porque no de una pura actividad valiosa que es también resultado en el sentido amplio e integral de la palabra". (21) -- Sainz Cantero observa, "puede definirse el tipo como "el conjunto de las características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad". (22) Jiménez de Asúa nos dice, "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (23) Pavón Vasconcelos enseña, el tipo legal "es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma el resultado, reputada como delictuosa al concretarse a ella a una sanción penal". (24) Castellanos Tena explica "el tipo es la creación legislativa, la descrip

(21).- Derecho penal, Libro de estudio de la parte general, pp. 102-103, Abeleo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

(22).- Lecciones de derecho penal. Parte general, II. p. 292. Bosch, Casa editorial, S.A. Barcelona, 1982.

(23).- La ley y el delito. p. 232. Editorial sudamericana. 12a. ed. Buenos Aires, 1981.

(24).- Manual de derecho penal mexicano. Parte general. p. 265 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

ción que el Estado hace de toda una conducta en los preceptos penales". (25) Baumann considera, "el tipo de -- una ley consiste en una serie de características típicas (o circunstancias del hecho)". (26) Finalmente, Por te Pettit nos dice "el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido que es una conducta o hecho desc¹ritas por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción-objetiva, contenido además según el caso elementos normativos o subjetivos o ambos". (27)

El tipo como ya hemos expresado, es distinto de la tipicidad, por lo que pasaremos a transcribir algunos comentarios de distinguidos tratadistas. Así, Pavón Vasconcelos opina, "tipicidad es "la adecuación de la conducta a del derecho a la hipótesis legislativa". (28) - Castellanos Tena indica, "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 de un hecho a la hipótesis legislativa". (29) Jiménez de Asúa argu-

(25).- Lineamientos elementales de derecho penal. p. -- 165. 17a. ed. Editorial Porrúa, S.A., 1982.

(26).- Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema p. 78. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981

(27).- Apuntamientos de la parte general de derecho penal, pp. 423-424. 5a. ed. Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1980.

(28).- Manual de derecho penal mexicano parte general.- p. 238 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

(29).- Lineamientos elementales del derecho penal. p. - 166. 17a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

menta, "la descripción legal, desprovista de carácter valorativo -según el creador de la teoría-, es lo que constituye la tipicidad". (30) Sainz Cantero nos dice, "la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y tipo penal. De la acción que se adecúa a un tipo penal (esto es: que es subsumible en un tipo penal) decimos que es una acción típica". (31) Y finalmente para Rodríguez Mourullo "la tipicidad como elemento esencial de la acción punible no es sino el precipitado técnico de la vigencia del principio de legalidad". (32)

2.- Elementos del tipo:

En la estructura de los tipos, el legislador dispone, cuando quiere circunscribir la conducta y las calidades del autor, o bien el tipo de resultado prohibido, de varios caminos. El legislador para determinar los tipos puede emplear simples elementos descriptivos, o agregar a estos, elementos normativos y subjetivos.

Los elementos del tipo, por tanto, pueden ser por-

(30).- La ley y el delito. p. 235. 12a. ed. Editorial sudamericana. Buenos Aires. 1981.

(31).- Lecciones de derecho penal. Parte general, II. p. 292. Bosch. Casa editorial, S.A. Barcelona, 1982.

(32).+ Derecho penal. Parte general. p. 238. Editorial-civitas, S.A. Madrid. 1978.

naturaleza objetiva o subjetiva. Dentro de los objetivos tenemos a los elementos descriptivos y a los normativos; estos últimos necesitados de una valoración jurídica o cultural y, los elementos subjetivos, los componen los llamados elementos subjetivos del injusto.

Wessels afirma, "dentro del tipo de lo injusto, -- hay que hacer una distinción entre características del tipo descriptivas y normativas, "objetivas y subjetivas" y, agrega: "características descriptivas son las que expresan, precisamente con una simple descripción, lo que pertenece concretamente a la prohibición o al precepto típico. Se habla de características normativas (que necesitan ser llamadas de valor) cuando se trata de "Circunstancias de hecho que sólo pueden expresarse dentro del presupuesto lógico de una norma y que el juez puede comprobar recurriendo exclusivamente a un juicio complementario de valor. Por características objetivas (externas) del tipo se entienden las circunstancias que determinan la manifestación externa del hecho; pueden ser descriptivas o normativas, referirse al hecho o al autor.

Características subjetivas (internas) del tipo, -- son las circunstancias que corresponden al ámbito psíquico y al mundo de representación del autor". (33) Ro-

(33).- Derecho penal. Parte general. pp. 42-44. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1980.

dríguez Mourullo expresa, "el tipo puede contener, como hemos visto, elementos de diversa naturaleza. En principio, cabe hablar de elementos típicos descriptivos, que exigen al juez una simple comprobación del hecho, y elementos típicos normativos, que implican una valoración por parte del juez", y, agrega, "los elementos típicos descriptivos pueden ser, a su vez, objetivos y subjetivos según se refieran a datos del mundo externo o a procesos que discurren en el mundo anímico del sujeto activo o de otra persona", y por último anota, "se admite hoy pacíficamente que determinados tipos de delitos contienen elementos subjetivos; de suerte, que lo que, por regla general, pertenecen al ámbito de la culpabilidad, resulta anticipada en ellos al marco de la tipicidad. La presencia o ausencia de tales elementos subjetivos determinan ya la tipicidad o atipicidad de la acción".

(34)

Porte Pettit señala como elementos típicos los siguientes: (35)

a) El presupuesto de la conducta o hecho, forma parte del tipo, originando su ausencia, una atipicidad. Estos presupuestos del delito, como ya sabemos pueden ser de naturaleza jurídica o material.

(34).- Derecho penal. Parte general. pp. 253-254. Editorial civitas, S.A. Madrid, 1978.

(35).- Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal. Porte Pettit op. cit. pág. 194.

b) Objeto jurídico. El bien jurídico tutelado por la norma es también un elemento del 'tipo', y es, precisamente, el valor que protege la norma penal.

c) Objeto material. El objeto material es la persona o cosa en la cual recae la conducta antijurídica del sujeto activo del delito.

d) Modalidades de la conducta: 1) referencias temporales; 2) referencias especiales, 3) referencias de cualquier otra índole y 4) exigencia en cuanto a los medios.

e) Elementos normativos de valoración jurídica o cultural.

f) Elementos subjetivos del injusto.

g) Calidad en referencias al sujeto activo: 1) en cuanto a la calidad y 2) en cuanto al número.

h) Calidad en referencia al sujeto pasivo: 1) en cuanto a la calidad y 2) en cuanto al número.

Los elementos típicos que acabamos de señalar pueden ser descriptivos o normativos.

En los primeros el legislador realiza la mera descripción de una persona, cosa o características subjetivas.

El estudio de los presupuestos como elementos típicos es en razón de que el tipo los contiene y por tal motivo su análisis debe ser hecho a ese nivel.

2.- Bien jurídico tutelado;

Con relación al bien jurídico se ha dicho, que cabe distinguirlos "en bienes individuales y bienes de la colectividad; en bienes disponibles y en bienes no disponibles. Es meta de la parte especial, determinar el bien jurídico que protege cada tipo en particular, sin desconocer que algunos tipos protegen no uno sino varios bienes, los cuales pueden tener igual valor o desigual, o sea, que algunos de ellos tienen un valor superior, ocupando por consiguiente, el primer lugar o preferencia, y sirviendo de base para la respectiva clasificación de delitos, así como la interpretación de la ley penal. Debemos entender por bien jurídico el valor tutelado por la ley penal". (36)

Sainz Cantero expresa, "el bien jurídico que en definitiva el tipo trata de tutelar (el objeto de protección y objeto jurídico) no aparece expresamente referido en la formulación generalmente, pero da sentido a toda la estructura de modo que el intérprete puede descubrirlo mediante un somero análisis de tipo", y agrega,-

(36).- Porte Pettit. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 442-443. 5a. ed. Editorial Porrúa S.A. México, 1980.

"objeto jurídico del delito es el bien que está protegido por el Derecho, lo que la norma, mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar de posibles agresiones". -
 - , Rodríguez Mourullo anota, "los bienes jurídicos, -
 si bien residen objetivamente, como cualidades irreales en las cosas, no pertenecen a la realidad naturalística sino al mundo de los valores. Por tanto, la defensa al bien jurídico tampoco pertenece a la realidad naturalística y no se identifica con la modificación del mundo exterior, que puede servirle de substrato, y más adelante agrega, entendemos por bien jurídico todo aquello que desde el punto de vista del orden social, aparece como un valor positivo y precisamente por ello goza de la protección del Derecho".

Para nosotros el bien jurídico es un valor fundamental del individuo o de la colectividad, necesitado de protección, para seguir manteniendo, la paz social y hacer más armónica la concurrencia entre los individuos que integran la sociedad.

BIEN JURIDICO TUTELADO:

Se ha expresado en la doctrina penal, que a una condición derivada del reconocimiento de la calidad de personas a todo hombre, es el libre ejercicio de sus derechos, en la medida que no perjudique los derechos ajenos. De ahí se deduce un necesario límite a la injeren-

cia del estado, y por ende, un campo que pertenece a la moral, a la convicción íntima, a la fé, en definitiva a la conciencia individual, en el cual un Estado respetuoso de los Derechos Humanos no puede entrometerse. Se anota así mismo que algunas constituciones latinoamericanas consagran expresamente este límite, aunque la falta de una disposición expresa no implica en modo alguno su desconocimiento, desde que es inherente a la esencia -- del Estado Republicano.

Este límite general impone el rechazo de cualquier pretensión de tipificar acciones que no afecten, por lesión o por peligro bienes jurídicos. Esta pretensión compromete en cualquier caso la persona humana porque invade su ámbito de acción reservado a la conciencia. Si -- bien, como se vera en el curso de esta investigación -- son muchos los caminos que practicamente se siguen para invadir este ámbito resulta particularmente intolerable que lo viole la propia ley en su texto.

Creemos que hay tres formas principales de incu---rrir en esta violación de los Derechos Humanos:

A) Tipificación de conductas que no afectan bienes jurídicos: Hay varias tipificaciones en las distintas -- legislaciones penales en las cuales el bien jurídico tutelado no existe o es muy dudoso, tal se presenta respecto al análisis del ilícito contenido en el artículo-

265 párrafo II del Código Penal. Es imposible hacer un análisis detenido de cada uno de los casos, por lo cual nos limitaremos a los principales.

El caso más extendido es la tipificación de la mera tenencia de una droga incluida en la nómina de las "prohibidas", sea o no estupefaciente. En realidad, lo que se procura con esto es facilitar la represión del tráfico de esas drogas, para lo cual se elige el camino de pena cualquier tenencia, puesto que quien trafica -- por lo general tiene, pero la inversa no es exacta, -- puesto que no todo el que tiene trafica.

Se argumenta también que cualquier consumidor es "un traficante en potencia" lo cual resulta inexacto en los casos de drogas que no generan dependencia rígida, y en general, importan la presunción juris et de jure "de tipo de autor", lo cual viola la legalidad y la igualdad ante la ley, entre otros derechos, sin contar con que no todo tenedor es consumidor, y que con que el consumo forma parte del derecho de disposición sobre la propia persona, que no puede ser afectado pues se trata de un bien jurídico del propio consumidor. En definitiva, es inadmisibles que, para penar las conductas que afectan bienes jurídicos - el tráfico y similares - se criminalice un ámbito mucho más extenso abarcando una inmensa mayoría de acciones sin bienes jurídicos afectados, esto implica una mediatización de las personas, es

decir la utilización de la gran mayoría de los gratuitamente criminalizados como medio para la criminalización de los restantes, lo que afecta la dignidad de la persona humana en forma incalificable sin contar con el inadmisibile campo de arbitrariedad que abre.

La mayoría de los Códigos latinoamericanos tipifican el incesto, una minoría tipifica la sodomia o en forma indirecta la homosexualidad, en tanto que en muy pocos permanecen como resabio el bestialismo. En todos estos casos la afectación de un bien jurídico es altamente discutible. Es obvio que en estos supuestos la ley penal tutela pautas éticas, normas morales, pero no bienes jurídicos. Lo mismo se podría decir en atención a la introducción por vía anal o vaginal de cualquier elemento o instrumento que hiciere las veces de miembro viril. El argumento de que una norma moral también puede ser un bien jurídico, lesiona el principio republicano al confundir la moral con el derecho y agrede a la persona humana pues no se limita a preservar un ámbito moral, sino que le impone una moral determinada, lo que es propio de un Estado "trascendente" es decir, de una estructura de control social que no tiene por objeto la persona humana sino un fin metahumano.

B) Tipos de mera desobediencia: Es sobradamente sabido que las teorías que, en situaciones de totalitarismo o de autorismo, negaron la concepción misma del bien

jurídico reducían el tipo a mera desobediencia de la -- norma, es decir; pretendían que la punición se deriva -- de una violación al deber lisa y llanamente. Esto impli -- ca que el único bien jurídico tutelado, en definitiva, -- es la autoridad y la voluntad del Estado, sin analizar -- el contenido teleológico de la misma - que se rebela a -- través del bien jurídico - y menos aún la racionalidad -- de su relación de medio a fin (racionalidad republicana -- de la punición).

Pese a esto, en casi todos nuestros Códigos Pena-- les hay tipos en los cuales el único bien jurídico pare -- ce ser la autoridad del Estado o la voluntad de sus au -- toridades. El caso más claro es el llamado delito de de -- sobediencia a la autoridad.

Es obvio que las autoridades Estatales pueden y de -- ben impartir ordenes dentro de sus respectivas atribu-- ciones. También es claro que el incumplimiento de estas ordenes debe tener una sanción, que será administrativa -- fiscal, civil, etc., pero es inadmisible que tal incum -- plimiento pase a ser delito en cualquier caso, pues el -- bien jurídico desaparece o bien pasa a ser la sólo auto -- ridad del Estado un bien jurídico, cuando en realidad -- esta autoridad es únicamente la encargada de la tutela -- de los bienes jurídicos, y es esa tutela lo único que -- legitima su título. Es posible, sin duda, tipificar la -- desobediencia cuando esta se traduce en una lesión o --

puesta en peligro a un bien jurídico de cierta entidad, como puede ser violación de un "cordon sanitario" por ejemplo, pero es inadmisibles elevar a delito cualquier injusto administrativo de desobediencia, a riesgo de -- consagrar una tipicidad que sólo afecta la autoridad -- del Estado en sí misma:

C) Delitos de peligro abstracto: Por último si --- bien es cierto que el bien jurídico puede afectarse por peligro, el equívoco concepto de "peligro abstracto" ha generado serios riesgos de la criminalización de conductas que no afectan bienes jurídicos. Doctrinariamente -- el "peligro abstracto" es un concepto harto discutido, -- por lo cual no proporcionaremos una definición, lo que desde el ángulo de los Derechos Humanos no es necesario. Lo que en definitiva resulta lesivo, es un primer término, la pretensión de que hay conductas que se presume legalmente, sin admitir prueba en contrario que hacen peligrar bienes jurídicos, esta presunción jurídica et de jure provoca que, en el caso concreto en que no haya habido peligro, como no se admite la prueba de esa circunstancia, se criminalice una acción que no afecte el bien jurídico.

Es posible sostener que el peligro abstracto es un "peligro de peligro" o bien bajo otra denominación, admitir que el "peligro de peligro" es una afectación al bien jurídico. Es bastante difícil establecer en muchos

casos concretos si hubo o no peligro, lo cual ha provocado interminables discusiones doctrinarias, si a esta enojosa cuestión le sumamos un "peligro de peligro" nos encontraremos en un terreno tan extremadamente opinable, que, prácticamente toda certeza jurídica habrá naufragado. En el caso de admitir la tentativa en estos delitos, nos hallaríamos en un franco de arbitrariedad y desembozada, pues habría que recurrir - como la doctrina lo ha señalado - a un "peligro de peligro". Este revela que la tipificación de peligros más o menos remotos lleva, inevitablemente, a la criminalización de acciones en las cuales la afectación del bien jurídico se torna cada vez más dudosa, en razón directa de la lejanía del peligro.

También puede sostenerse que el "peligro abstracto", determina que en algunos tipos se invierta la carga de la prueba de la afectación del bien jurídico en razón de una presunción juris tantum.

Ahora bien, evidentemente resulta un grave problema determinar, cual es el interés jurídico tutelado en el delito de violación instrumental, ya que no puede tratarse de la libertad sexual, en razón de que para ello, se necesitaría que la sociedad admitiera como procedente o lícitas tales conductas de introducir instrumentos o elementos en el orificio anal o vaginal, cuando son aceptadas por el paciente, lo cual resulta ilógi

co pues dicho comportamiento no afecta la esfera de la sexualidad de una persona esto es socialmente, aún existiendo consentimiento, son socialmente reprobados. En consecuencia tomando en consideración lo expuesto líneas arriba, y a efecto de no lesionar los derechos públicos subjetivos del individuo, pensamos se debe pugnar por declarar inconstitucional todos los tipos en que no aparezca un bien jurídico tutelado ya por vía doctrinaria o jurisprudencia; derogar tales tipos por vía legislativa; interpretar todo tipo penal partiendo del entendimiento de que el legislador tutela con ello un bien jurídico, y, de este modo limitar su alcance prohibitivo a esta tutela, salvo el caso de que el bien jurídico directamente no exista, rechazar tanto doctrinaria, jurisprudencial como legislativamente la pretensión que meras pautas morales o la sola autoridad del Estado puedan erigirse en bienes jurídicos; rechazar toda posibilidad de presunción juris et de jure o decisión jurídica de afectación de bienes jurídicos; rechazar las tipificaciones en que la afectación al bien jurídico se plantea por vía de un peligro remoto o en que el juzgamiento del mismo depende de una valoración sumamente subjetiva o arbitraria; y, limitar y en cada caso analizar cuidadosamente las presunciones juris tantum y afectación de bienes.

OBJETO MATERIAL:

Rodríguez Mourullo sostiene, "objeto de la acción, también llamado objeto material, es la persona (objeto-material personal) o cosa (objeto material real) sobre la que indique la acción descrita en el tipo", y agrega, "objeto material y sujeto pasivo, aunque en el plano conceptual son siempre susceptibles de distinción, - que deben coincidir de hecho". (37)

Jiménez de Asúa anota, "a un determinado objeto a-
luden ciertos tipos de los Códigos: cosas destinadas al
culto, cadaver, el objeto mueble en el hurto; etc.". --
(38) Para Castellanos Tena, el objeto material "es a---
quel sobre el cual recae la acción del sujeto activo".--
(39) Sainz Cantéro señala, "objeto material del delito-
o de la acción, como hoy se refiere decir por un sector
de la doctrina - es la persona o cosa sobre la que - --
recae la acción del delito, la conducta del sujeto acti-
vo de la acción. Pueden ser objeto material la persona,
individual o jurídica, los animales y las cosas inanima-
das". (40) Márquez Piñero observa, que la descripción-

(37).- Derecho Penal. Parte General. p. 275. Editorial-
Civitas, S.A. Madrid, 1978.

(38).- La ley y el delito. p. 254. Editorial Sudamerica
na. Buenos Aires, 1981.

(39).- Cfr. Lineamientos elementales de Derecho Penal.-
Parte General. p.173.ed.Editorial Porrúa,S.A. Méx. 1982

(40).- Lecciones de Derecho Penal. Parte General, II,p.
251, Bosch, Casa Editorial, Barceloná, 1982

instrumento limitado)". (44) Jiménez Asúa comenta, en el tipo "también suelen expresarse determinados medios: clandestinamente o con engaño, violencias, temor, tumultos, servicios, engaños, regalos, promesas, et.; armas, dinero u otras dádivas, medios fraudulentos, seducción o promesas matrimonial, veneno, incendio o sumersión, - etc.". (45) Pavón Vasconcelos dice, "aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena. Ello sucede, entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 181 (coacción a la autoridad pública por medio de la violencia física o moral), 265 (apoderamiento de una mujer por medio de la violencia física o moral, de seducción o engaño), 286 (haga uso de la violencia sobre una persona con el propósito...), 330 (aborto causado sin consentimiento y si mediare violencia física o moral), 372 (robo con violencia), 386 (engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla), etc.". (46) Márquez Piñero comenta, "en cuanto a los medios de comisión, la ley en determinados casos, requiere de ciertos medios de ejecución para la integración del tipo; así, por lo que hace a los medios de na-

(44).- Derecho Penal. Parte General. p. 270. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1978.

(45).- La ley y el Delito. p. 254, 12a, ed. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1981

(46).- Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General. p.272.5a.ed. Editorial Porrúa.S.A. México. 1982.

turalaleza violenta, el artículo 181 habla de coacción a la autoridad pública mediante violencia física o engaño moral, y el artículo 386 se refiere al engaño o aprovechamiento del error en el fraude" (47) Sainz Cantero, - indica que en algunos tipos "se determinan los medios - mediante los cuales debe realizarse la conducta o producirse el resultado". (48)

El tipo en estudio al emplear el término "violencia" es innegable que se refiere tanto a la violencia física o moral, pues no distingue con tan amplia expresión ni determina el ejercicio del derecho por parte de del sujeto activo, a una sola forma de violencia. Por tanto, el delito contenido en el artículo 226, es un tipo de medios legalmente limitados o determinados.

Con respecto al vocablo de "violencia", también es innegable que ésta puede recaer en cosas o personas, -- pues tampoco se hace delimitación ni distingo de ninguna especie, en el sentido de que sólo recaiga en las -- personas o bien sólo en las cosas.

¿Qué debemos entender por violencia?

(47).- Derecho Penal. Parte General. p. 219. Editorial-Trillas, S.A. México, 1986.

(48).- Lecciones de Derecho Penal. Parte General. p. -- 305. Bosch, casa editorial. Barcelona. 1982.

Creemos que dado el sistema que guarda nuestro ordenamiento punitivo en relación con todos los artículos que contiene, estos deben relacionarse para que se puedan interpretar debidamente, por lo anterior resulta entendible que debemos tomar los conceptos de violencia física y moral que se dan en el artículo 373 que se refiere a la violencia en el robo, como la violencia siempre será la violencia, esta será igual para cualquier delito.

Reza el artículo 373 del Código Penal que "la violencia en las personas se distingue en física y moral".

"Se entiende por violencia física..., la fuerza material que...), se hace a una persona".

Hay violencia moral: cuando (se)..., amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla".

ELEMENTOS NORMATIVOS:

Los elementos normativos son los "que exigen al intérprete de la ley una valoración". (49) o como dice -- Sainz Cantero: "Los elementos normativos pueden ser de dos clases: elementos normativos con valoración jurídica-

(49).- Baumann. Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. p.78. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1981.

ca, que son aquellos en que el proceso valorativo del intérprete ha de hacerse con arreglo a determinadas normas y concepciones jurídicas; y elementos normativos — con valoración cultural en los que el proceso valorativo del intérprete ha de realizarse conforme a ciertas normas y concepciones ético-sociales, no pertenecientes a la esfera del Derecho". (50) Márquez Piñero es de parecer, "que los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquellos que, por tener desvalor jurídico, destacan específicamente la antijuridicidad". (51) Castellanos Tena hace ver, que "cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieren ser valorados culturalmente o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo". (52) Pavón Vasconcelos añade, que los elementos normativos "forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley". -- (53) Wessels afirma, que "se habla de características normativas (que necesitan ser llenadas de valor) cuando se trata de circunstancias de hecho que sólo pueden pensarse dentro del presupuesto lógico de una norma y que-

(50).- Lecciones de Derecho Penal. Parte General II, p. 308 Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982.

(51).- Derecho Penal. Parte General. p. 221. Editorial-Trillas, S.A. México, 1986

(52).- Lineamientos elementales de derecho penal, p. -- 168. 17a.ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

(53).- Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 272. 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

el juez puede comprobar recurriendo exclusivamente a un juicio complementario de valor". (54) Jiménez de Asúa - señala, "es preciso separar los meros elementos valorativos, sea esta valoración jurídica - como el concepto de (documento), de (funcionario); etc. - . o sea cultural como el (desprecio) en la difamación y la (honestidad) en la seducción". (55) Rodríguez Mourullo enseña - "elementos típicos normativos, que implican una valoración por parte del juez". (56) Finalmente, para Porte - Pettit indica que los elementos normativos son de dos - tipos: " a') Elementos con valoración jurídica y b') Elementos con valoración cultural". (57)

Para nosotros los elementos normativos son aquellos que necesitan ser valorados por el juzgador, y su naturaleza puede ser de índole jurídica o bien cultural.

Ahora bien, respecto al delito de la ~~violencia~~ violencia instrumental, tenemos como elemento normativo el término "violencia", vocablo que viene a constituir un verdadero elemento normativo con valoración jurídica como hemos visto para saber que es la violencia, debe--

(54).- Derecho Penal. Parte General. pp. 253-254. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1980.

(55).- La ley y el Delito. p. 257. 12a. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1981.

(56).- Derecho Penal. Parte General. p. 42. Ediciones - Ariel, S.A. Madrid, 1978.

(57).- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 43. 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

mos recurrir al concepto que nos proporciona el Código Penal en su artículo 373.

Como elementos normativos con valoración cultural- encontramos los términos: "elemento"; "instrumento" mis mos que se han estudiado anteriormente.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO:

Porte Pettit enseña, "la doctrina hace hincapié en los elementos subjetivos del injusto, que consisten en: "características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor" (58) Rodríguez Mourullo hace notar, que "se admite hoy pacíficamente que determinados tipos de delitos contienen elementos subjetivos; de suerte que lo que por regla general, pertenece al ámbito de la culpabilidad, resulta anticipado en ellos al marco de la tipicidad. La presencia o ausencia de tales elementos subjetivos, determina ya la tipicidad o antipicidad de la acción": (59) Jiménez de Asúa dice "los elementos subjetivos de lo injusto propiamente dichos, que no son como antes se decía, dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin". (60) Wassels afirma, -

(58).- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 437. 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980

(59).- Derecho Penal. Parte General, p. 254. Ediciones Ariel, S.A. Madrid, 1978.

(60).- La ley y el delito. pp. 255-256. 12a. ed. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1981.

"características subjetivas (internas) del tipo son las circunstancias que corresponden al ámbito psíquico y al mundo de representaciones del autor". (61) Pavón Vasconcelos añade, "los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita". (62) Castellanos Tena señala, "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". (63) Márquez Piñero sostiene "hay numerosos casos en que el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se agregan a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden a lo injusto. Se trata de elementos típicos subjetivos de lo injusto". (64)

Sainz Cantero enseña, "hay tipos que recogen en la descripción elementos subjetivos (procesos psíquicos -- del autor) que deben ser constatados por el intérprete en la tipicidad, aunque en definitiva cumplan la función de determinar si la conducta es antijurídica o --"

(61).- Derecho Penal. Parte General. pp. 43-44. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1980.

(62).- Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General p. 273. 5a. ed. Editorial, S.A. México, 1982.

(63).- Lineamientos elementales de Derecho Penal, p. - 168. 17a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

(64).- Derecho Penal. Parte General, p. 221. Editorial Trillas, S.A. México, 1986.

no". (65) Finalmente Baumann comenta, "son subjetivas-las características del tipo referidas a una actitud internas o dirección de la voluntad o sentimiento del autor o de la víctima". (66)

Nuestro tipo contiene elemento subjetivo del injusto, ya que el propósito del agente queda contemplado, -aunado a que en ningún caso será la cópula sino otro el fin, o propósito, del agente, pudiendo ser el fin el hacer un daño físico al pasivo por el simple hecho de hacerlo.

En tal virtud, podemos decir respecto del tipo en estudio, que este viene a constituir un tipo anormal, -por contener elementos normativos y subjetivos del injusto.

Pensamos que en el ilícito que nosotros denominamos violación instrumental, a pesar de que expresamente no se aluda en su concepto a alguna tendencia, fin o ánimo que se localice en el alma del autor, insitamente requiere un elemento subjetivo del injusto, consistente en un ánimo lúbrico o fin libidinoso que debe concurrir en el sujeto activo en el momento de llevar a cabo su consumación. Si se negare tal afirmación, entonces no -

(65).- Lecciones de Derecho Penal. Parte General II, p 306. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982

(66).- Derecho Penal. Parte General. Conceptos Fundamentales y sistemas. p.80. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.

se explicaría el porque de su inclusión dentro del título denominado "delitos sexuales", y más concretamente - en el capítulo relativo al delito de violación, ya que este delito no requiere de ningún tipo de resultado material toda vez de que si existiera alguno, como por ejemplo, lesiones u homicidio, en todo caso estaríamos en presencia de un concurso de delitos y no simplemente del de violación instrumental, esto es, se hace necesario que el sujeto activo al introducir el elemento o instrumento en el orificio anal o vaginal, lo haga teniendo un fin libidinoso o un ánimo lúbrico, ya que si se omitiere dicho elemento subjetivo del injusto, se caería en la simple responsabilidad objetiva, en razón de que de esa manera llevada a cabo la conducta tipificada en el párrafo II del artículo 265 del Código Penal, su realización insistimos, más bien sería de un sujeto inimputable. El elemento subjetivo, diverso al dolo, que hemos señalado concurre en el delito en estudio se hace indispensable se presente independientemente de que en forma Conjunta también pueda concurrir en el alma del autor, otro de tipo diferente, como sería el ánimo de denigrar, de ofender, de deshorrar, etc.

CALIDADES EN CUANTO AL SUJETO ACTIVO:

Quando se hace el estudio del sujeto activo del delito, se realiza en razón de su calidad y al número de sujetos requeridos por el tipo.

Pasemos pues, a referirnos a la calidad en el sujeto activo.

Baumann nos dice, "el planteamiento al problema acerca de quién puede ser autor idóneo de un tipo, se infiere de que los tipos se subdividen en tipos generales y especiales y los hechos punibles correspondientes en delitos generales y especiales. Si cualquier persona -- puede realizar un tipo; este tipo es general. Cualquiera puede cometer un hurto o un homicidio... Otros tipos sólo pueden realizarlos sujetos complementados determinados". (67) Mezger anota, "la gran mayoría de las -- disposiciones penales contenidas en la parte especial -- empiezan con las palabras: (el que) mata a un hombre... .., (el que) quita una cosa a otro..., (el que) perjudica el patrimonio, etc. Aquí puede ser autor cualquier -- persona. (El que) es sinónimo de cualquiera. Pero existen también tipos subjetivamente limitados, vale decir, tipos en los que autor puede ser sólo un círculo -- determinado de personas; un extraño no puede ser tomado en cuenta como autor. Los ejemplos más importantes de -- esta categoría son los llamados delitos especiales (delicta propria), en los que la ley menciona muy especialmente a personas cualificadas, que son exclusivamente -- autores, como ser los empleados públicos, los abogados,

(67) .- Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistemas, pp.86-87 Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.

el marido, los padres, etc.". (68.) Sainz Cantero expone, "el sujeto activo de la conducta se determina en el tipo unas veces de modo general, con expresiones que no suponen ninguna limitación de personas (el que matere.. .); (El que prestare auxilio o induzca a otro...), (el que amenazare...). En estos tipos, que son los más numerosos en nuestros Códigos, la conducta típica puede ser realizada por cualquier persona. Otras veces el legislador al redactar el tipo restringe el círculo de quienes pueden ser sujeto activos de la conducta, reduciéndolo a personas determinadas porque sólo para ellas está prohibida la realización de la acción típica". (69.) Márquez Piñero es de parecer, que "el tipo exige, en determinadas ocasiones una concreta calidad en el agente; -- por ejemplo, funcionario militar en los delitos de orden castrense, peculado en el servidor público, abuso de autoridad en los agentes de la misma; asimismo, el artículo 247 del Código Penal habla de falsedad en declaraciones judiciales o en informes falsos proporcionados a una autoridad. Por otra parte, el artículo 123 -- del citado ordenamiento, al definir el delito de traición a la patria, requiere la calidad del mexicano por nacimiento o por naturalización, en tanto que el artículo 361; del mismo cuerpo legal exige, en el abandono de

(68).- Porte Pettit. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. cit. pág. 170.

(69).- Lecciones de Derecho Penal. Parte General, II, pp. 304-305 Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1978.

atropellados, la calidad de conductor de un vehículo".-

(70) Pavón Vasconcelos comenta, "a veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal razón se les ha denominado delitos propios, particulares o exclusivos, para diferenciarlos de los delitos del sujeto común o indiferente, no debiéndoseles confundir con los delitos de propia mano, según la designación dada por Benging, los cuales excluyen la posibilidad de ser cometidos por persona distinta del autor, en atención a su especial naturaleza, como en el caso de la falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad - (artículo 247)". (71) Wessels indica, "la clasificación en delitos generales, especiales y de propia mano se basa en el deslinde del grupo posible de autores: a) Autor idóneo de un delito general puede ser cualquiera; b) Son delitos especiales los hechos punibles en que la propiedad del sujeto de la acción descrita en el tipo legal deslinda del grupo de autores, y c) En los delitos de propia mano el tipo presupone la realización directa y personal de la acción típica, dado que el espe-

(70).- Derecho Penal. Parte General, p.219. Editorial-Trillas, S.A. México, 1986.

(71).- Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General p. 270.5a.ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

cial disvalos del delito de que se trata sólo puede realizarse de este modo, Quién no ejecuta la acción personalmente, no puede ser autor, coautor o autor mediato, sino sólomente partícipe (instigados o cómplice)".

(72) Jiménez de Asúa asevera, "en ciertos delitos se exige un determinado sujeto activo, como por ejemplo, - la función militar en los delitos castrenses y la calidad de funcionario público en el peculado, en la conclusión, en los numerosos delitos, de abusos de autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos, etc.". (73) Rodríguez Mourullo nos dice "por regla general, cualquiera puede ser sujeto activo. De ahí que la mayoría de los tipos comiencen con el indiferenciado (el que) o (los que). Se habla entonces de delitos. A veces, en cambio, el tipo requiere ciertas características o cualidades personales peculiares, de tal modo que no puede ser sujeto activo cualquiera,.... Se habla en este caso de delitos especiales". (74) Finalmente para Porte Pettit "el sujeto puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito común o indiferente; pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, -

(72) .- Derecho Penal. Parte General, pp.11 y 12. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1980

(73) .- La ley y el Delito, pp.253-254- 12a.ed. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1981.

(74) .- Derecho Penal. Parte General, p. 269. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1978.

originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos". (75.)

En cuanto a la calidad el sujeto activo como se ha visto recibe el nombre de propio especial o exclusivo, cuando el delito la requiere; cuando no se exige calidad alguna, estamos en presencia de los sujetos comunes o indiferentes.

En relación al tipo en estudio, consideramos que el sujeto activo no requiere calidad alguna, por lo que es un tipo de sujetos comunes o indiferentes.

Por lo que respecta a la clasificación en orden al número de sujetos activos, se ha sostenido por los tratadistas lo siguiente:

Porte Pettit enseña, "en orden al número la doctrina divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal. Monosubjetivo es aquél en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. El plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas". (76.) Rodrí---

(75).- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p.438. 5a.ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

(76).- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, p.441. 5a.ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.

guez Mourullo anota, "por regla general, basta la presencia de un sólo sujeto, pero en ocasiones el tipo requiere necesariamente la concurrencia de varios sujetos. En esta última hipótesis se habla de delitos plurisubjetivos. Los delitos plurisubjetivos pueden ser conducta unilateral (delitos de convergencia según la terminología alemana) o de conducta bilateral (delitos de encuentro)". (77) Sainz Cantero indica, "los tipos -- pueden ser por el número de sujetos cuya intervención el tipo exige unipersonales y pluripersonales. En los primeros basta la intervención de un sólo sujeto, aunque puedan intervenir varios dando lugar a las cuestiones de codeinfluencia que en su lugar adecuado estudiaremos... En los tipos pluripersonales el tipo exige la intervención de varios sujetos, sin que sea posible su realización, por uno sólo". (78)

Consideremos que doctrinalmente el sujeto activo - en razón del número se divide en monosubjetivo y plurisubjetivo.

Será un tipo de sujeto monosubjetivo, cuando para su realización necesite de un sujeto. En cambio, será plurisubjetivo cuando sólo exista la tipicidad en razón

(77).- Derecho Penal. Parte General, p.268. Editorial-Civitas, S.A. Madrid, 1978.

(78).- Lecciones de Derecho Penal. Parte General, II, p. 313. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1982.

de dos o más sujetos activos que exige el tipo.

En orden al número de sujetos que lo pueden ejecutar el delito de violación instrumental, es un tipo de sujeto monosubjetivo o de sujeto único, por razón de -- que basta con que sea un sólo sujeto activo, para que exista el delito. La circunstancia de que pudieran concurrir más personas con el sujeto activo en la comisión del ilícito, será tratado en el capítulo en donde se estudia la autoría y participación, de este mismo trabajo.

CALIDAD EN CUANTO AL SUJETO PASIVO:

El sujeto pasivo, en algunos tipos, exige cierta calidad, pues de no concurrir existiría una atipicidad.

En referencia a la calidad del sujeto pasivo se ha dicho:

Márquez Piñero indica, "el tipo legal demandá determinada calidad en el mencionado sujeto; por ejemplo, el artículo 342 requiere, en la exposición de infante, el que este sea menor de siete años; en el patricidio, el artículo 323 exige ser ascendiente del autor, en tanto que el artículo 336 requiere que, en los deberes de asistencia, el sujeto pasivo del delito sea hijo o cónyuge del sujeto activo". (79) Favón Vasconcelos con -

(79).- Derecho Penal. Parte General, p. 219. Editorial Trillas, S.A. México, 1986

relación a las calidades del sujeto pasivo expone, "en otras ocasiones la ley exige determinadas calidades en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto. Son calidades exigidas por la ley, en el sujeto pasivo, el ser ascendiente del autor en el parricidio (artículo 323); descendiente en el infanticidio (artículo 325); hijo o cónyuge en el abandono de deberes de asistencia (artículo 336); menor de siete años en el delito de exposición de infante, -- etc.". (80) Jiménez de Asúa anota, "a un determinado sujeto pasivo se refieren otros artículos de los Códigos Penales: Han de serlo el Gobierno legítimo de la patria, el Presidente, el Vicepresidente; los jefes de potencias extranjeras o los representantes de ellas; los ministros de un culto, los funcionarios públicos o autoridades, los ascendientes o los cónyuges; la niña menor de doce años en ciertas clases de violación; la mujer honesta en la seducción, la mujer en el rapto y en el aborto; los parientes dentro de grados consanguíneos en el homicidio calificado; el niño recién nacido en el infanticidio; etc.". (81) Rodríguez Mourullo expresa, "pueden ser sujetos pasivos todas las personas con capa

(80).- Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General p. 271 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.

(81).- La Ley y el Delito, p. 254. 12a. ed. Editorial-Sudamericana. Buenos Aires, 1981

cidad para ser titulares de derecho e intereses. Por --
 consiguiente, no sólo las personas individuales, imputa-
 bles o no, sino también las personas jurídicas (una so-
 ciedad anónima puede, obviamente, ser sujeto pasivo de-
 un delito de hurto o apropiación indebida, por ejemplo)
 También el Estado puede ser sujeto pasivo (inmediato) -
 del delito, en la medida que es titular directo de de-
 terminados bienes jurídicos protegidos por la norma pe-
 nal". (82) Por Porte Pettit considera, "en todo delito ~~que~~
 debe existir un sujeto pasivo que es titular del bien -
 jurídico protegido por la ley", y agrega, "por lo regu-
 lar el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto-
 material del mismo, como es el robo; sin embargo, en al-
 gunos el sujeto pasivo se identifica al objeto material
 ... El tipo puede, igualmente exigir determinada cali-
 dad en el sujeto pasivo, y de no existir ésta, no puede
 darse la tipicidad, originándose cuando el tipo requie-
 re tal calidad, un delito personal y cuando el sujeto -
 pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito im-
 personal". (83)

Para nosotros el sujeto pasivo cuando requiere ca-
 lidad se denomina por la doctrina sujeto pasivo perso-
 nal; cuando no requiere calidad el sujeto pasivo para -

(82).- Derecho Penal. Parte General, Editorial Civitas
 S.A. Madrid, 1978 pp. 282-283.

(83).- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Pe-
 nal, Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1980 pp.441-442. 5a.ed

Porte Pettit (84) clasifica los tipos en:

- a) Tipos fundamentales o básicos.
- b) Tipos especiales: privilegiados o cualificados.
- c) Tipos independientes o autónomos.
- d) Tipos complementados, circunstanciados o subordinados: privilegiados y cualificados.
- e) Tipo presuncionalmente complementado, circunstanciado o subordinado cualificado.
- f) Tipo de fundamentación.
- g) Tipo de formulación libre.
- h) Tipo de formulación casuística.
- i) Tipos "mixtos alternativamente formados".
- j) Tipos "acumulativamente formados".

Rodríguez Mourullo (85) clasifica los tipos de la siguiente manera:

- | | |
|---------------|---------------------------------------|
| | a) Tipos de mera actividad; |
| | b) Tipos de acción y resultado. |
| En orden a la | c) Tipos de mera omisión. |
| conducta y al | d) Tipos de omisión y resultado |
| resultado | e) Tipos de prohibición de resultado. |

(84).- Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, pp.445-464. 5a. ed. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1980.

(85).- Derecho Penal. Parte General, pp. 272-281. Editorial Civictas, S.A. Madrid, 1978.

- | | |
|--|--|
| En razón a la lesión del bien jurídico: | a) Tipos de lesión.
b) Tipos de peligro. |
| En orden a la durabilidad de la lesión - al bien jurídico: | a) Tipos instantáneos.
b) Tipos permanentes.
c) Tipos de estado. |
| Según el número de bienes jurídicos - protegidos: | a) Tipos uniofensivos.
b) Tipos plurisubjetivos. |

Nosotros procederemos sólo a clasificar a nuestro delito en estudio, de acuerdo a la clase de tipos que - acoge.

El delito de violación instrumental es un tipo:

Fundamental o básico, ya que no deriva de tipo alguno, y su existencia es totalmente independiente de -- cualquier otro tipo.

Autónomo o independiente, en razón que el artículo II del 265 tiene vida, existencia autónoma o independiente.

De medios legalmente limitados o determinados, en virtud de que el delito tipificado en el artículo 265 - de la fracción II, establece como medio comisivo el em-

pleo de la "violencia".

De formulación casuística, porque en él, se detallan los medios de comisión, las vías para ser ejecutado etc.

Escencialmente es un tipo de acción, en consideración a la naturaleza jurídica del mismo y por ser el único medio de comisión.

Es un tipo de lesión, en consideración a que la tutela penal sobre el bien jurídico tutelado, se encuentra centrada en que no sea destruido o disminuido dicho bien.

Es un tipo instantáneo, en consideración a que se agota en el momento de su consumación.

ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO:

Pensamos que en el ilícito que nosotros denominamos violación instrumental, a pesar de que expresamente no se alude en su concepto a alguna tendencia, fin o ánimo que se localice en el alma del autor, insitamente requiere un elemento subjetivo del injusto, consistente en un ánimo lúbrico o fin libidinoso que debe concurrir en el sujeto activo en el momento de llevar a cabo su consumación. Si se negare tal afirmación, entonces no -

se explicaría el porque de su inclusión dentro del título denominado "delitos sexuales", y más concretamente -- en el capítulo relativo al delito de violación, ya que este delito no requiere de ningún tipo de resultado material toda vez de que el existiera alguno, como por ejemplo, lesiones u homicidio, en todo caso estaremos en presencia de un concurso de delitos y no simplemente -- del de violación instrumental, esto es, se hace necesario que el sujeto activo al introducir el elemento o -- instrumento en el orificio anal o vaginal, lo haga teniendo un fin libidinoso o un ánimo lúbrico, ya que si se omitiere dichos elementos subjetivos del injusto, se caería en la simple responsabilidad objetiva, en razón de que de esa manera llevada a cabo la conducta tipificada en el párrafo II del artículo 265 del Código Penal su realización insistimos, más bien sería propia de un sujeto inimputable. El elemento subjetivo, diverso al dolo, que hemos señalado concurre en el delito en estudio, se hace indispensable se presente independientemente de que en forma conjunta también pueda concurrir en el alma del autor del delito, otro de tipo diferente, -- como sería el ánimo de denigrar, de ofender, de deshonestar, etc.

INSTRUMENTOS:

Los instrumentos del delito han sido definidos por Ferre Sama como "los elementos materiales de que se ha-

ya valido el autor para su ejecución". Quintano Ripo---
 llés recurre a los ejemplos (arma, gauzua, llave, dis--
 fraz, etc.), al igual que Córdova (las armas en la pro-
 ducción de la muerte o las lesiones, y los útiles para-
 el robo, las instalaciones utilizadas para el fraude y-
 la estafa). Si bien este último añade como común denomi-
 nador el tratarse de los medios empleados para la comi-
 sión del mismo (delito).

Pujig Peña sostiene que también considera la doc-
 trina como instrumento scéseleris todo aquello que cons-
 tituye precio del delito, es decir el dinero o cual-
 quiera otra utilidad material que una persona entrega a
 otra pactum sicaris, para que este lleve a efecto la --
 realización del propósito criminal ideado por aquella.-
 En los derechos alemán y suizo el salario o ganancia del
 reo se distingue de los elementos del delito hasta el --
 punto que sus comisos llevan nombres diversos, en Fran-
 cia algunos autores definen la inclusión del precio del
 delito en el concepto del producto del mismo (así Pou-
 ssac y Pinatell), lo que significa a la vez, su no con-
 sideración como instrumento, Creemos, en definitiva, --
 que el precio o la ganancia podrán ser móviles de la in-
 fracción criminal pero no infracción de ella. Volviendo
 a la concepción genuina de lo que sea instrumento de -
 la infracción criminal se ha dedistinguir entre lo que-
 sirve para la ejecución del delito y lo que como señala
 "se refiere" al mismo. Ni el arma poseida sin licencia-

es instrumento utilizado para cometer la infracción penal de portación de arma sin licencia, ni el vehículo de motor para el de ataques a las vías de comunicación. El instrumento exige una ordenación finalista que falta en ambos supuestos. Mientras que el autor del robo puede escoger entre los mil objetos idóneos para fracturar la puerta, en los dos ejemplos citados la relación e la con el delito viene determinada legalmente: la conducción ilegal es precisamente de un vehículo de motor, la tenencia ilícita del arma exige del arma y no de otra cosa. No todo elemento material del delito es instrumento para la comisión del mismo, recordando que se puede ejecutar un delito aún cuando su realización no llegue al grado de consumación, recordando que no son instrumentos las cosas utilizadas para ocultar el delito o eludir sus consecuencias penales. Por otra parte no deben confundirse los instrumentos del delito con aquellos que sólo se refieren al hecho criminal.

Con relación al delito en análisis el término "instrumento", constituye un término que adquiere relevancia y amplitud enorme, puesto que en tal expresión quedan comprendidos todos objetos que pudiera hacer las veces de miembro viril, para efecto de que el sujeto activo los introdujera ya por vía anal o bien por vía vaginal en el cuerpo del sujeto pasivo; siendo irrelevante el material o sustancia con la que este confeccionado, pues sólo se requiere que tenga corporiedad, semejante-

o similar al señalado miembro viril, para que se favorezca la penetración en las partes del cuerpo del sujeto pasivo ya señaladas.

CAUSAS DE JUSTIFICACION:

El aspecto negativo de la antijuridicidad, esto es, las llamadas causas de licitud o de justificación, mismas que tienen como fundamento el principio del interés preponderante o la ausencia de interés por parte del pasivo, la cual en este último caso se traduce en el consentimiento no puede concurrir en el delito de violación instrumental. Respecto a las causas de licitud, que tienen como fundamento el principio del interés preponderante y de las cuales podemos señalar la legítima defensa, el estado de necesidad, el impedimento legítimo, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, no se actualizan en el caso a estudio; es decir no pueden anular el carácter antijurídico de la conducta, ya que para esto se necesitaría que entre los bienes en conflicto se sacrificara alguno de menor entidad para salvar otro de mayor valor, por la conducta realizada establecida como delito; lo cual resulta inimaginable, si se toma en cuenta que, como habíamos señalado en el tipo en estudio, aunque expresamente no lo mencione, requiera de la existencia de un elemento subjetivo del injusto, consistente en un fin lúbrico o lúbricoso por parte del sujeto activo; es decir tendría-

que llevarse a cabo, de acuerdo a la prelación lógica, - una conducta típica del delito de violación instrumental, incluyendo el ánimo señalado y además un elemento-subjetivo de lo injusto al ejercitar alguna de las mencionadas causas de licitud, cuestión imposible de suceder. Ahora bien por lo que hace a lo que algunos consideraran causa de licitud, es decir, nos referimos al consentimiento, que tiene como fundamento según lo hemos referido el principio de la ausencia de interés, tampoco puede presentarse como causa de licitud en el delito de violación instrumental, sino que en todo caso, al requerirse de la violación física o moral, constituiría - la autorización o consentimiento por parte del sujeto pasivo, una auténtica causa de atipicidad al amular los medios típicos indicados.

INCULPABILIDAD:

La trascendencia de admitir en el comportamiento - del sujeto activo un elemento subjetivo del injusto, repercute en la causa de inculpabilidad denominada "error de tipo", pues si esta consiste en que por un error esencial e invencible el sujeto desconozca alguna de las circunstancias objetivas pertenecientes al tipo, en la especie no es posible que se actualice, dado que el sujeto activo debe tener plena conciencia de lo que hace para que exista la tipicidad en primer término, es decir, la introducción de cualquier elemento o instrumen-

to en el orificio anal o vaginal del sujeto pasivo, debe consumarse utilizándose la violación física o moral y teniendo a su vez aquel un ánimo lúbrico o una fin libidinoso luego, ante esta situación es inadmisibles aceptar que desconociera el sujeto activo por un error esencial o invencible que introducía un elemento o instrumento en el orificio anal o vaginal del pasivo.

Atizante al error de licitud de igual forma no se actualiza en el delito a estudio, ya que si hemos dicho que no se presentan causas de licitud o justificación, entonces tampoco es admisible que el sujeto activo por un error esencial o invencible pensara se actualiza los tres supuestos que fundamenten una causa de licitud.

La única causa de inculpabilidad que procedería en todo caso, cuya esencia deriva de la teoría normativa de la culpabilidad, es la llamada no exigibilidad de otra conducta, y en concreto la coacción, es decir, si el sujeto activo es amenazado con causarle un mal en su persona o en otra persona con las que tenga determinados vínculos de amistad o parentesco para el caso de que se oponga a consumir el delito de violación instrumental; es claro que en estas circunstancias anormales dicho sujeto y cualquier otra persona tendrían que llevar a cabo la conducta ilícita mencionada, dado que el ordenamiento penal no esta destinado para héroes sino -

para el hombre medio que vive en sociedad; en consecuencia, la ley no le puede exigir un comportamiento diverso al realizado, aún existiendo una conducta típica y -antijurídica de su parte.

Es así que con las definiciones de cada uno de los términos que en el tipo se observan podemos compenetrarnos en la directriz que tiene la Política Criminal en nu estros días, observandose la marcada inducción de el le gislador al ver nacer un tipo tan novedoso como el que se estudia.

CRITICA A LA PENALIDAD:

El orden jurídico es el medio destinado a producir determinados efectos, siendo las normas el instrumento de que se vale la comunidad a fin de lograr sino la evi tación, la reducción de resultados o situaciones produci das por acciones humanas, y que contravienen formas más o menos esenciales de la existencia social, siendo la idea fundamental ó básica la de regular la actividad del hombre, de esta idea se deduce que la norma debe de cumplir con la doble función de valorar las conductas señalándose primeramente cuales son valiosas jurídicamente, y posibilitar así la medida de dicho des valor, tiene tam bién la tarea de cumplir con una misión motivadora de in ducir a la generalidad a conformar su actividad a los va lores tutelados. El Derecho Penal de tal manera debe de por lo menos intentar apartar al delincuente potencial de realizar determinadas actividades según estas dañen o amenazan intereses predominantes de la sociedad.

Es improrrogable el esclarecimiento de la razón ju-

rídica de la pena en el tipo que se estudia, ya que la pena tiene como uno de sus atributos, la de ser ejemplarizante, así como el que la sociedad vea que con la imposición de la misma, el grupo humano se va a ver protegido de la conducta que se incrimina, en el tipo estudiado la aplicación de la pena tendrá la de evitar la observación de la conducta, sin embargo resulta dudosa dicha afirmación, en consideración a que ya existían y existen en nuestro Código tipos que tutelan dichos bienes jurídicos como podría ser la libertad sexual en el caso de la violación, el recato, etc, en los atentados al pudor, -- quedando así comprendidos en estos tipos los casos que se presentan en el de la violación instrumental; ya que de acuerdo al análisis que del mismo se ha hecho, se puede establecer que nos encontramos ante un tipo en el que no existe cópula, por lo que no entra en el campo jurídico de la violación propia es de esta forma que no es correcto llamarle violación a la figura que carece del elemento esencial de la misma así también en determinados casos nos encontraremos ante lesiones físicas en la víctima, agrediendo, el bien jurídico tutelado que ya se encuentra previsto en el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal se encuentra indebidamente ubicado en el tipo que se estudia en el capítulo de los delitos contra la seguridad sexual de las personas, en consideración a que debemos atenernos para que se configure en ese rubro a la intención subjetiva del activo, y no a la valoración esencial y objetiva del tipo, la exigencia

sine qua non de que sea realizada la introducción por -- cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril, desvirtúa totalmente a la violación propia, y sobre todo en el momento en que se exige que el sujeto activo no haga uso de su miembro viril estamos hablando de una conducta que no produce ayuntamiento carnal, y así no existe de manera alguna violación propia, por otra parte al dejar abierto el tipo referente a los medios utilizados para la ejecución del ilícito, hace que la conducta pueda ser ejecutada por cualquier cosa, y es trascendente el señalar cualquier cosa, ya que tan amplio universo puede hacer caer en el tipo conductas absurdas y son valoración o relevancia para el mundo jurídico, la tentativa del ilícito es un punto de suma importancia, ya que la tentativa acabada será estudio difícil de realizar -- por el Juzgador, y como he mencionado anteriormente entraremos al análisis de la valoración del bien jurídico tutelado. Al hablar de la tentativa inacabada con la -- cual se establece un juicio para el propio Juzgador referente a la valorización de la conducta realizada, la intención del sujeto activo es fundamental para la configuración del tipo, de tal forma que si éste actúa sin tener un ánimo libinidoso o lúbrico, se sale del ámbito de los delitos sexuales, ya que el medio no es idóneo, ni se configuraría con la intención que el tipo requiere, y en el caso de que si el sujeto activo realizara la conducta queriendo vejar, humillar, lesionar, castigar, deshonrar, etc, no se tipificaría la conducta desplegada. en

el parrafo segundo del artículo 265 del Código Penal.

La represión de conductas através del aumento de la penalidad y en el caso que nos ocupa de bienes jurídicos que ya se encontraban tutelados, establece la obviéda - de una línea rígida en la política criminal seguida por el poder Ejecutivo, observandose en el mismo una marcada inclinación político-social y no técnico-jurídica, de -- prevención de las conductas antisociales de carácter sexual, la seguridad jurídica de la sociedad no se encuentra ni se puede encontrar protegida con el aumento en la penalidad de las conductas de los individuos, la finalidad de la pena cuando no se encuentra nítidamente determinado se convierte en tormento o tortura, y si en todo-caso se hubiese querido sancionar con mayor dureza la -- violación de bienes jurídicos que se hayasen dentro del- ámbito sexual, la configuración de tipos específicos y - cerrados, hubiese sido más aceptada, ya que las penas ex- tremadamente rigurosas no pueden demostrar su capacidad- para la protección de valores fundamentales, y si por o- tro lado acarrear injusticias inauditas, ya que la pre- vención de los delitos, no puede obtenerse para determi- nar en forma precisa la razón real del tipo, es así que- la penalidad, no tiene una razón de ser vaga e impropia, sino que por el contrario, se basa en términos que la -- doctrina delimita

CODIGO PENAL:

El C. secretario José Montes Vargas:

Escudo Nacional.- Estados Unidos Mexicanos.- Secretaría de Gobernación.- Dirección General de Gobierno.

Ciudadanos secretarios de la honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.- Presentes.

Anexo al presente envío a ustedes iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, para los efectos constitucionales y por instrucciones del ciudadano Presidente de la República.

Reitero a ustedes en esta oportunidad las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

Sufragio Efectivo. No Reelección.

México Distrito Federal, a 14 de diciembre de 1988.-
El Secretario. Fernando Gutiérrez Barrios.

Escudo Nacional.- Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

Ciudadanos secretarios de la Cámara de Diputados -- del honorable Congreso de la Unión.- Presentes.

Durante mi campaña política por la Presidencia de la República a lo largo del territorio nacional escuché el reclamo de la comunidad por una mayor seguridad y justicia, que garanticen con eficacia la paz pública y aseguren la protección de la sociedad, definiéndola de la violencia.

Este reclamo se manifestó con mayor insistencia en la ciudad capital, donde se hicieron importantes pronunciamientos en el sentido de que se ha tolerado un incremento de la actividad delictiva, sin tomar providencias suficientes para limitar la violencia que incide gravemente en la comunidad. Provocando zozobra e intranquilidad social.

Ante el incremento delictivo que afecta bienes jurídicos de especial relevancia, como son la vida, el patrimonio, la libertad y la salud colectiva de nuestro pueblo, el Ejecutivo a mi cargo considera que es indispensable profundizar en la reforma jurídica que concierne a la política criminal del Estado por poner énfasis en la tutela de la paz colectiva, en un orden jurídico de libertad y democracia. Perseguimos el fin primordial de fortalecer la conciencia de seguridad general que haga posible que todos los ciudadanos puedan desarrollar en libor

tad, la plenitud de su personalidad.

El logro de la seguridad no se agota únicamente con la mayor penalización de conductas, sino que se requiere de un enfoque global del problema de la criminalidad. Este enfoque exige nuevos ordenamientos jurídicos en lo material o sustantivo y en lo formal o instrumental. Exige asimismo una lucha frontal contra los factores crimíno~~g~~nos que surgen de una sociedad moderna y plural con una considerable dinámica demográfica y un importante fenómeno de urbanización.

La sociedad demanda, sin embargo, soluciones inmediatas. Es por ello que someto a la consideración del honorable Congreso de la Unión la presente iniciativa, que pretende responder al clamor ciudadano por penas más severas, conforme a la gravedad de los ilícitos y que a su vez, tengan una mayor eficacia preventiva.

La misión del derecho penal es proteger los intereses individuales y sociales para permitir la convivencia humana y para que tal convivencia pueda tutelarse con eficacia resulta indispensable que los delitos graves no se minimicen por infundada benevolencia y que se impongan a sus autores las penas que merezcan, denunciando el carácter ilícito de sus conductas e impidiendo su legitimación.

El derecho penal tiene una función correctiva al -- castigar las conductas delictivas cometidas, pero tiene a la vez una función preventiva, al inhibir la comisión de futuros delitos.

La eficacia preventiva del derecho penal no puede obtenerse sin que exista una nueva conciencia ciudadana que advierta con claridad que al cometerse determinados delitos de especial gravedad, el Estado reaccionará de penas más elevadas y que los delincuentes quedarán excluidos de la vida social por lapsos prolongados. Lo anterior debe tener la fuerza configurandola de nuevas costumbres sociales que alejen a la juventud de la actividad delictiva e inhiba a los adultos que piensan delinquir.

Se dan en la vida social delitos de extrema gravedad, por lo que se estima indispensable que para esas ~~de~~ terminadas hipótesis a las que más adelante se hará referencia, pueda imponerse pena privativa de libertad hasta por cincuenta años. Esta propuesta ha sido considerada por el Ejecutivo a mi cargo, en vista de la realidad social, sin soslayar la crítica doctrinal sobre la eficacia y bondad de las penas de larga duración, pero consciente de que la comunidad reclama una nueva actitud del Estado para reforzar el carácter controlador del derecho penal.

Es evidente que para la aplicación de las penas de larga duración, habrá de ser revisado el procedimiento normativo de la ejecución de sanciones, en el que se ponga particular énfasis en la ejemplaridad que comporta la pena de prisión, determinándose con precisión las hipótesis que le permitan al reo mantener viva la esperanza de una más pronta liberación.

Empero, lo reiteramos, la sociedad exige protección contra organizaciones delictivas que afectan la vida e integridad de las personas y que atentan contra su libertad y patrimonio. Clama por mayor penalización de conductas abusivas de los servidores públicos responsables de la seguridad ciudadana y de aquellos que están encargados de funciones de fiscalización, vigilancia e inspección. Exige mayor control sobre el ejercicio de la función policiaca y, particularmente, repudia la conducta de los que atentan contra la libertad sexual y corrompen a menores e incapaces.

El narcotráfico es, evidentemente, un problema que atañe en su combate, a la humanidad y al concierto de naciones. Cada una de éstas, en su ámbito soberano, ha de enfrentarlo con decisión y firmeza a partir de recursos e instrumentos que deben ser cada vez más eficaces.

El consumo y tráfico vulneran la convivencia y afectan la salud pública y social de los pueblos.

La salud de los mexicanos, la salud de la humanidad y la preservación de nuestra soberanía exigen continuar con mayor empeño la campaña contra el narcotráfico, por lo que es preciso adecuar las normas jurídicas a la realidad.

En este contexto se inscribe la presente iniciativa cuyos aspectos sobresalientes y razones específicas se describen a continuación:

INCREMENTO DE LA PENA DE PRISION;

Se plantea una nueva fórmula para el artículo 25 -- que permite que el máximo de cuarenta años pueda rebasarse en determinados y muy graves casos, como son los previstos en los artículos 315 bis, 320, y 366 que tipifican los delitos de homicidio a propósito de violación o robo, homicidio calificado, parricidio y secuestro, en que el límite de la pena se propone sea hasta de cincuenta años.

VIOLACION;

En atención a los reclamos populares, se aumenta el máximo de la pena para el delito de violación simple previsto en el artículo 265. Asimismo, se sanciona con pena de prisión de uno a cinco años al que, por medio de la violencia física o moral, introduzca por la vía anal o -

vaginal, cualquier instrumento o elemento distinto del miembro viril.

En el texto que se propone para el artículo 266 se distingue la violación impropia sin y con violencia, para permitir la agravación de la pena en el segundo caso.

La fórmula propuesta para la violación tumultuaria a que alude el artículo 266 bis, permite un incremento a la pena de prisión, hasta en una mitad más. Con ello se responde al reclamo popular, particularmente de asociaciones femeninas.

EXPOSICION DE MOTIVOS:

CRITICA A LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 265 DEL CODIGO PENAL.

Las endeables razones de política criminal que pretenden apoyar el nacimiento del llamado delito de VIOLACION INSTRUMENTAL a que se refiere el párrafo segundo, - del artículo 265, del Código Penal resultan ambiguas y - carentes de sustantividad, porque "el alarmante índice - delictivo en materia sexual y sobre todo el reclamo de - aumento de penalidad por parte de asociaciones o grupos - feministas", no resultan de modo alguno adecuadas para - cumplir con su pretendido objetivo, pues más bien se o - rientan hacia la búsqueda de castigos más severos y oje - tivos tratándose de tales conductas antisociales, que - hacia la creación de una nueva figura delictiva, habida - cuenta que ésta requiere no sólo de un fundamento moral - de tipo genérico, sino de una base precisa y específica - que se encamine correctamente a una verdadera protección - jurídica de aquellos bienes que se pretenden tutelar.

Los mecanismos de presión que obligaron al legisla - dor a la inclusión de éste aberrante tipo penal, dentro - de nuestro Código represivo de ninguna manera justifican - su creación; pues como se ha apuntado en otros capítulos - de este trabajo, su semántica ya se encuentra comprendida - con mayor amplitud dentro del delito de APERTURAS AL -

PUDOR, por lo que lejos de redundar en beneficio social, trastoca garantías individuales y afecta el orden jurídico, por las razones también ya señaladas.

Creemos sinceramente que se ha ocasionado un serio problema de consecuencias incalculables por esta ligereza del legislador, cuyo remedio único consiste en la eliminación inmediata, de esta aberración jurídica mediante su derogación dentro de nuestro Derecho vigente.

Criticamos severamente al legislador, cuya misión principal consiste en velar incansablemente para beneficio de la comunidad, por lo que su tarea debe ser bien meditada y escrupulosamente discutida antes de su promulgación legal habida cuenta la afectación de los intereses que ello representa.

Francisco Carrá quien recordaba la máxima de que no es correcto castigar un pecado como delito, a no ser que se manifieste como una lesión de derecho, reconocía la calidad de BRUTISMO el de la incontinencia, y agragaba que, los legisladores se excedían en la potestad de dictar leyes, si la castigaran per se, sin buscar la razón de su punición en la violación de un derecho.

En el caso concreto, el tipo de la "violación instrumental", ni siquiera establece con precisión cual es el bien jurídico lesionado, esto es, no concreta el obje

to protegido dentro de la esfera de los intereses sexuales, problema éste que reviste suma importancia, toda vez que según el criterio que se adopta sobre el particular, se estará en condiciones de poder precisar las características de la acción punible y determinar así su encuadramiento en determinado título, resulta correcto o no.

Raúl Carrancá y Rivas, en el comentario a las fracciones I y II, del artículo 8o., del Código Penal, nos explica que "es curiosa la manera en que el legislador reforma a veces la ley. Parece que ignora la doctrina y las inquietudes de los teóricos que no son sino el fruto de muchos desvelos intelectuales.. ¿Serán caprichos de quien legisla basado nada más en el prurito de llamar la atención, de distinguirse por hacer algo?". (1)

Estamos completamente de acuerdo con tan destacado jurista, pues por las consideraciones y razones técnicas ya cometidas en esta Tesis, consideramos que el llamado delito de Violación Instrumental no constituye ninguna novedad dentro del mundo del Derecho Penal, sino una especie de apéndice inútil en la ley vigente, que por desgracia ya ha comenzado a producir sus frutos negativos; y hacemos desde este modesto foro, un llamado al legislador para que en lo sucesivo recapacite profundamente, de

(1).- Carrancá y Trujillo, Raúl. Carranca y Rivas, --- Raúl. Código Penal anotado. Editorial Porrúa S.A., Edición 14a, México, D.F., 1989. pág. 34

los delirados de su quehacer y de sus consonancias jurídicas y sociales, antes de producir leyes que no cumplan - sus objetos finalísticos de creación y que por el contrario reviertan como un bumerang en contra de la Sociedad y del Estado.

Procediendo al análisis de aquellos aspectos que -- mueven a la reflexión en cuanto a esta "figura delictiva", habremos de hacer referencia de los siguientes aspectos:

LA CULPABILIDAD:

Resulta innecesario realizar nuevamente un estudio de la culpabilidad a la luz de la Teoría del Delito, en consideración a que tiene ésta (la culpabilidad) para la comprensión del delito que se estudia, afirmando que, la culpabilidad como elemento del delito reconoce dos grados a saber: el dolo y la culpa y agregados al más estricto Derecho Penal vigente, se reconoce una tercera forma llamada preterintención.

Como elemento esencial para la incriminación de -- las conductas, la culpabilidad debe existir inexcusablemente en el acto o en la omisión, típico y antijurídico. En la violación instrumental el sujeto activo debe realizar una acción, consistente en la introducción de cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril;

por vía anal o vaginal y para tener el carácter del delito sexual que el legislador le quiere impregnar, se hace indispensable que el sujeto activo realice la conducta - con un fin lúbrico, por lo que ésta nota diferencial le da un lugar dentro de los delitos sexuales, ya que si no se afecta al pudor de la víctima por el empleo de la violencia obviamente no se integrará en su plenitud la conducta delictiva, exigiéndose un dolo genérico específico, consistente en la voluntad de satisfacer un deseo lúbrico sin llegar a la cópula ni a si tentativa, debe necesariamente no existir intención de ayuntamiento carnal.

Por otra parte, es un delito de lesión porque en forma injusta realiza un atentado contra el pudor de la víctima. Así también en la práctica, en los Tribunales penales la consignación por este delito se presta a toda clase de inseguridad jurídica, pues por un lado basta con que el acusado niegue los hechos para que se genere en su favor una magnífica defensa, si el delito no dejó huella material; y por la otra, a criterio del Juez, bastará con la sola imputación apoyada en medios probatorios vagos, para la comprobación del mismo, dado que el ilícito es de los que por su naturaleza se cometen con ausencia de testigos.

Es indispensable que se atienda a la exigencia de la dogmática a los tipos cerrados y bien definidos, que

operan en los regímenes democráticos, dejando a un lado tipos abiertos, incompletos carentes de bien jurídica tutelado y sin un fin para la Política Criminal que satisfaga los requerimientos del Derecho Penal, consistentes en la seguridad social, la prevención, y sobre todo en la reincidencia del delincuente ya que con tipos como el que se estudia, la sociedad se encuentra no solamente insegura, sino también en un Estado de Derecho vacío de contenido jurídico.

LA PREVENCIÓN:

Dentro del contexto que implícitamente conlleva la denominación de prevención, encontramos que se encuentra inmerso en el campo de la Política Criminal, entendiéndose por esta última, la expresión con la que se define el programa de un Derecho Penal fundado en concepciones preventivas traídas de los conocimientos de la ciencias sociales, política, en general, implicó utilidad social la Política Criminal presupone, por lo tanto, una concepción utilitaria del Derecho Penal y fundamentalmente de la pena: El Derecho Penal se legitima por su utilidad para la prevención del delito, y en consecuencia, para la protección de los bienes jurídicos. En el pensamiento penal moderno, esta concepción se manifiesta en la tendencia cada vez más marcada, a la prevención especial; que se distingue de las concepciones anteriores de este mismo signo por su racionalidad, es decir, porque fundamen-

te la eficacia de sus proposiciones apoyándose en el conocimiento de las ciencias sociales empíricas. Es así -- que el Derecho Penal moderno debe tener una liga íntima con la Política Criminal, ya que la prevención de los delitos es una de las metas fundamentales de nuestro sistema punitivo, y considerando a la Política Criminal como algo más que un simple apartado de la Ciencia del Derecho Penal, íntimamente ligada a la Penología y la Criminología conlleva indudablemente un programa de reforma -- del Derecho Penal basado en ideas fundamentalmente anti-retribucionistas, supone toda una reforma de concebir y organizar en un momento dado y en un determinado Estado los medios que deben ser desarrollados por el mismo para la prevención de la criminalidad.

En el delito que se estudia, es obvia la carencia -- de una Política Criminal adecuada, en consideración a -- que de acuerdo a como se ha remarcado por el ajeutivo, -- se trata de una represión del delincuente através del aumento de penalidad, así como con la creación de tipos es pecialísimos, abiertos, sin bien jurídico determinado, -- lo que trae aparejados problemas estructurales dentro de la dogmática de la Ciencia penal, así como una ineficaz forma de prevenir las conductas antisociales, ya que la creación de esta clase de tipos, son característicos de sistemas totalitarios, en los cuales la seguridad jurídica no se encuentra amparada, ya que el criterio que de cada caso concreto se quiera dar traera como consecuen--

cia la antijuridicidad de la conducta y culpabilidad del delincuente, sin tener un apoyo delimitado ya que los tipos abiertos no están en condiciones de separar acciones penalmente relevantes de las que no lo son, es así que con los tipos abiertos se introduce en el tipo penal un número indefinido de acciones "arbitrarias" en sentido penal, por lo que no son aceptables los tipos abiertos, y sobre todo los que carecen de un bien jurídico tutelado bien definido, y en los que el elemento subjetivo del injusto marca la pauta para antijuridicidad de la conducta, ya que si bien aceptáramos a los tipos abiertos se convertiría el tipo penal en puramente formal y carecería de un contenido concreto.

Es por demás reiterar la afirmación acerca de la ineficacia de aumento de penalidad en las conductas antisociales, por otra parte para la prevención del delito, se debe tener otra perspectiva diametralmente opuesta, ya que en la actualidad, no debemos considerar, al Derecho Penal, como un arma para la retribución social, sino debemos entender el problema del delito humano como un problema humano, al cual se le debe dar un tratamiento humano, concibiéndolo como una cuestión mucho más compleja de política social, que debe encararse, ante todo, — desde puntos de vista muy distintos si es que se quiere encontrar una solución que a la vez no sea un peso sobre nuestras conciencias. Dentro del principio de "mínima intervención", en el marco de una sociedad democrática y —

pluralista y con absoluto respeto a la dignidad de la -- persona, al Derecho Penal sólo le cabe como fin primor-- dial la modesta y difícil tarea de evitar el delito y, -- sobre todo, la reincidencia, basado no en realizar la i-- dea de justicia ni en la necesidad de reforzar el orden-- lesionado; se encuentra simplemente en la necesidad de -- proteger las reglas mínimas de la convivencia social.

CONDUCTA:

El elemento objetivo del delito de Violación se ha-- entendido unánimemente por la doctrina como la cópula o-- ayuntamiento... matizado por la violencia que se ejerce-- sobre el pasivo del delito, la cual puede manifestarse -- como física o moral, pero siempre capaz de vencer la re-- sistencia que pudiera oponer el mismo, sin embargo de a-- cuerdo con esta nueva figura jurídica encontramos una to-- tal desnaturalización, en virtud de que no se hace la -- más remota referencia a ese elemento que matiza al tipo-- ponal mencionado, puesto que se limita a enunciar que es-- ta estriba en la introducción de cualquier objeto o ins-- trumento distinto del miembro viril, por tanto ese su-- puesto miembro viril dependerá del grado de imaginación-- del delincuente, es por lo tanto que en el presente caso nos encontramos ante un supuesto, en el cual la conjun-- ción carnal no puede ni de la más remota forma estable-- cerse, ya que exige el tipo que se trate de cualquier co-- sa distinta al miembro viril, desnaturalizado de tal ma--

nera la figura típica de la violación la cual recae en el ayuntamiento carnal del activo con el pasivo, (cópula).

BIEN JURIDICO TUTELADO:

Es sabido que el bien jurídico protegido en el delito de violación propia, lo es la libertad sexual, el cual se afecta cuando el activo del delito impone al paciente del ilícito la cópula, de esta manera resulta cuestionable el criterio del legislador al pretender asimilar una conducta diversa dentro de esta figura delictiva, pues partiendo de esta base cabe cuestionarse acerca de si en el caso de la llamada violación instrumentada se protege realmente dicho objeto jurídico, aspecto que resulta sumamente dudoso porque si lo que se pretende es evitar una cópula violenta como podemos prevenir la realización de la misma si como hemos señalado en el punto anterior no existe tal, por tanto hubiera sido conveniente que el legislador en un acto serio de reflexión hubiera precisado que es lo que pretendía tutelar, puesto que se exposición de motivos se encuentra ayuna de cualquier señalamiento en ese sentido. Así si con la conducta realizada se llegase a producir una lesión que revista suma gravedad, por el daño que se ocasiona en la región que fué introducido el objeto, consideramos que sería más adecuado hacer referencia al delito de lesiones y no a la figura jurídica que nos ocupa, porque inclusive cabría -

la posibilidad de que la pena fuera más benigna. Realmente consideramos que es innecesario la existencia de este pseudo tipo penal, porque partiendo de la afectación a un bien jurídico determinado caería dentro del ámbito de la integridad corporal, si se causaran lesiones, la vida si a consecuencia de la misma se produjera la muerte o bien atentados al pudor en aquellos casos en que no se causa algún otro perjuicio a quien sufre la conducta delictiva, pero de ninguna manera podemos hablar de que exista identidad con el bien jurídico ya anunciado, como la libertad sexual. Cabría únicamente señalar y esto a manera de interrogante si en el caso sería factible estimar con tal carácter a la seguridad sexual.

LA PUNIBILIDAD:

Un aspecto más que ~~nuevo~~ a la crítica y que no es acorde con la exposición de motivos es precisamente la pena que se establece para este delito, la cual estimamos como innecesaria y por tanto resulta inútil su creación y pone de manifiesto que el desconocimiento del legislador respecto a la aplicación del Derecho que tiene lugar en los tribunales de nuestro país porque en el caso debemos considerar que ante la existencia de un delito de violación en el cual además de haberle puesto al artículo una cópula violenta, se le hubiere introducido algún objeto que le hubiera causado alguna lesión, el juzgador estos aspectos los considera para aplicar en su caso una

mayor pena basado en la peligrosidad del sujeto activo - del delito o bien imponer pena por los delitos de lesiones y violación, aspecta que palpablemente muestra lo in debido de la figura que se comenta y en este aspecto surgen problemas de aplicación del Derecho que queda a la - solución del buen criterio del Juez.

De lo anterior se pone de manifiesto que el legislador lejos de imponerse al conocimiento de la realidad so cial existente y a la cual se encuentra obligado a con siderar, previamente a la creación de la norma penal cedió al capricho de grupos que reclamaban la penalización más severa de ciertas figuras delictivas, olvidando que el - aumento de la pena en ningún caso ha inhibido a los agentes del delito de su comisión, lejos de ello la literatura jurídica ilustra de un mayor aumento en el índice de delitos cuando esto ha ocurrido, así por ejemplo en aquel los países donde aún se mantiene vigente la pena de muerte para el homicidio, advertimos que las estadísticas nos revelan un número elevado en la comisión de los mismos, esto en contraste con los códigos penales de estados en donde su Derecho Penal se encuentra avanzado, - en donde las penas privativas de libertad se encuentran - bastante alejadas de las que como máximo prevé nuestro Código sustantivo penal.

En todo caso debe considerarse ante todo el principio de intervención mínima propio de un Estado de Derecho

cho, que pone un límite al Estado para punir únicamente aquellas conductas que realmente atentan contra el orden jurídico establecido y las cuales no existen más remedio que prevenir su realización através del ordenamiento penal.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El Derecho Penal, como disciplina científica, es de naturaleza dinámica; en consecuencia, sus -- normas jurídicas deberán orientarse finalísticamente a -- la prevención, y en último caso, a la represión de las -- conductas que pongan en peligro o lesionen los bienes ju -- rídicos socialmente estatuidos.

SEGUNDA.- En la elaboración de los nuevos tipos pe -- nales, el legislador, deberá forzosamente encontrar no -- sólo los motivos necesarios sino también los suficientes -- que los justifiquen, a fin de brindar la protección exa -- g -- tamente adecuada a su génesis.

TERCERA.- En la exposición de motivos de todo tipo -- penal, debe hallarse la materia misma de la norma, con -- bases en los razonamientos lógico-jurídicos que la hagan -- no sólo verosímil, sino también perfectamente aplicable -- al caso que prevéan, la justificada necesidad de su a -- r -- r -- ribo al mundo del deber ser con repercusión práctica in -- mediata al del ser, la utilidad social de la figura, -- etc.

CUARTA.- Para estar en condiciones de lograrse el -- objetivo de la norma penal, ésta debe resistir todo aná -- lisis lógico-jurídico; por lo que su estudio previo nec -- s -- a -- riamente deberá basarse en la técnica jurídica adecua --

da, en la estructura misma del delito en general, y en las particularidades del caso concreto. De otra manera se corre el riesgo de que sus soportes no sólo sean endebles, sino que como un casitillo de arena, al primer impulso de la razón jurídica, caiga por tierra, produciendo mayores daños sociales que el bien que pretendió tutelar.

QUINTA.- Con profunda pena, nos damos cuenta que en muchos casos, el legislador se aparta por completo de -- los principios adecuados para la creación de nuevas figuras delictivas, creándolas en forma ambigua, carentes de estructura jurídica propia, que en la práctica se traducen en la generación de problemas sociales antes impensables; porque el hacedor de leyes, lejos de ajustarse a -- la sistemática congruente, se deja llevar por presiones de otra índole.

SEXTA.- En el caso concreto, un ejemplo pernicioso de esta práctica legislativa, lo constituye la elaboración del llamado delito de VIOLACION INDECOROSA, tipificado en el párrafo segundo, del artículo 265, del Código Penal.

En efecto, las supuestas razones que educa el legislador para la inclusión de este tipo en nuestro Ordenamiento Punitivo, se fundamentan básicamente en presiones de movimientos feministas y por el alarmante índole de --

los delitos sexuales; pero sin determinarse concretamente la necesidad de esta nueva aparición normativa con -- una estructura jurídica propia.

SEPTIMA.- En tales condiciones, es claro que el legislador obró con suma ligereza incluso en los límites -- de la responsabilidad como cuerpo colegiado, pues se considera incalculable el daño social producido por la creación de esta aberración jurídica.

Explicando: Este nuevo delito, ni siquiera pertenece, en rigor jurídico, a los de VIOLACION; ya que la naturaleza esencial de éstos es la imposición de la cópula lo que no acontece en esta figura; por otra parte, el -- bien jurídico que tutela, tampoco lo es el de la libertad sexual, característico de aquellos, pues es claro -- que la víctima no se ve afectada en sus relaciones de este tipo, ya que la introducción del elemento o instrumento en sus vías anal o vaginal, nada tiene que ver con su albedrío sexual; tampoco sus elementos típicos lo clasifican como autónomo e independiente, ya que los mismos, -- en mayor amplitud, se encuentran comprendidos en los que prevé el ilícito de ATENTADOS AL PUDOR, en el artículo -- 260 del Código Penal, pues en ambos se configura la realización de actos eróticos sexuales no consentidos sobre personas púberes o impúberes, con ausencia de voluntad -- en el sujeto activo de llegar a la cópula, estableciendo el de atentados al pudor también la existencia del cor--

sentimiento de los impúberes, así como la ausencia de me dio específico de comisión, ya que la violencia sólo a-- gravará la pena, lo que distingue a este tipo del de vio lación instrumental, por su mayor generalidad, pues la - ejecución de los actos sexuales no se encuentra circuns- - crita como en este último, a la utilización de elemen- - tos o instrumentos distintos del miembro viril por lo -- que, aplicando estrictamente el principio de absorción, - deja sin efecto al primero.

OCTAVA.- También debe considerarse el principio de - Derecho que obliga al juzgador a estar a lo más favora- - ble al reo; y en el caso concreto, le beneficia al acusa - do ser juzgado por el delito de ATENTADO AL PUDOR, por - la menor punibilidad de éste en relación con el de la -- VIOLACION INSTRUMENTAL.

NOVENA.- Por todos los razonamientos anteriores, es imprescindible que el legislador repare cuanto antes el - daño que ha ocasionado con la inclusión del llamado deli - to de VIOLACION INSTRUMENTAL, procediéndose a su deroga - ción inmediata antes de que siga causándolos.

DECIMA.- Es aconsejable una severa llamada de aten - ción al Legislador, para que en lo sucesivo no incurra - en errores como en el presente caso dejándose llevar por - presiones políticas o de otra índole, en lugar de basar - se en razones de técnica jurídica; y que jamás prescinda

del consejo de los especialistas en la materia al crear nuevas figuras penales, únicos confiables en su delicadísima tarea.

I N D I C E

Introducción	1
CAPITULO I	9
1.- Grecia	9
2.- Roma	12
3.- España	13
4.- Imperio Azteca	15
5.- México Independiente	17
6.- Código Penal de 1871	18
 CAPITULO II	 55
1.- Definición del delito, sus elementos	55
1.1.- Concepto jurídico de delito	55
1.2.- Teoría unitaria y analítica del delito	58
1.3.- Sujeto activo	64
1.4.- Sujeto pasivo	64
2.- El hecho, sus elementos	65
2.1.- Ubicación del hecho en la teoría del delito	65
2.2.- Definición de hecho, la conducta	66
2.3.- Formas de la conducta	70
2.3.1.- La acción, sus elementos	70
2.3.2.- La omisión, sus elementos	71
2.3.3.- La comisión por omisión, su definición y --- elementos	72
3.- El resultado y el nexo causal, concepto y teorías- más importantes del nexo causal	76
3.1.- Equivalencia de las condiciones	77
3.2.- Condición más eficaz	78
3.3.- Última condición	78
3.4.- Adecuación	79
3.5.- Condición más eficiente	79
3.6.- Causa humana exclusiva	80
4.- Clasificación del delito en orden a la conduc- ta	80
4.1.- Acción	81
4.2.- Omisión	81
4.3.- Omisión mediante acción	81
4.4.- Acción y omisión	81
4.5.- Sospecha	82
4.6.- Omisión de resultado	82

4.7.- Doblemente omisivos	83
4.8.- Unisubsistentes y plurisubsistentes	84
4.9.- Habituales	84
5.- Clasificación del delito en orden al resultado. 84	
5.1.- Instantáneo	85
5.2.- Instantáneo con efectos permanentes	85
5.3.- Permanentes	85
5.4.- Necesariamente permanentes	87
5.5.- Eventualmente permanentes	87
5.6.- Alternativamente permanentes	87
5.7.- Formales y de resultado	88
5.8.- De daño	88
5.9.- De peligro	88
6.- Ausencia de conducta	89
6.1.- Concepto y casos en que se presenta	89
6.2.- Vis mayor	90
6.3.- Vis absoluta	90
6.4.- El sueño	91
6.5.- El sonambulismo	92
6.6.- El Hipnotismo	93
6.7.- Los actos reflejos	94
7.- La tipicidad y su aspecto negativo	94
7.1.- El tipo, concepto	94
7.2.- Elementos del tipo	94
7.2.1.- Objetivos	95
7.2.2.- Normativos	97
7.2.3.- Subjetivos	98
7.3.- La atipicidad	103
8.- La antijuridicidad	104
8.1.- Concepto y criterios	104
9.- Causas de justificación	108
9.1.- La legítima defensa	108
9.2.- El estado de necesidad	116
9.3.- El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho	117
10.- La culpabilidad	125
10.1.- Concepto, elementos y teorías	125
11.- La imputabilidad y su aspecto negativo	127
11.1.- Acciones libres en su causa	132
12.- Teorías sobre el dolo y la culpa concepto y ---- clases	133
13.- Definición y teorías sobre la preterintención. 141	
14.- La inculpabilidad, concepto y formas	145

15.- La punibilidad y su aspecto negativo	149
15.1.- Concepto	149
15.2.- Casos de ausencia de punibilidad	151
CAPITULO III	153
1.- Concepto de violación	153
2.- Elementos del delito de violación	153
2.1.- La cópula	154
2.2.- La violencia física o moral	155
2.3.- La resistencia del sujeto pasivo	155
3.- La conducta en el delito de violación y su ----- aspecto negativo	158
4.- La tipicidad en el delito de violación y su ----- aspecto negativo	158
4.1.- Elementos del tipo	159
4.1.1.- Bien jurídico tutelado	160
4.1.2.- Sujeto activo	160
4.1.3.- Sujeto pasivo	161
4.1.4.- Objeto material	163
4.1.5.- Medios de comisión	163
CAPITULO IV	176
1.- Elementos de la violación según el parrafo II del- código penal para el Distrito Federal	176
1.1.- Introducción de cualquier elemento o ins----- trumento distinto del miembro viril	176
1.2.- Por vía anal o vaginal	177
1.3.- Con violencia física o moral	179
1.4.- Con la resistencia real del sujeto pasivo..	182
2.- Elementos del tipo	184
2.1.- Elementos objetivos	191
2.1.1.- Calidades referidas al sujeto activo y al----- pasivo	193
2.1.2.- Referencias a los medios de comisión ...	193
2.2.- Elementos normativos	194
2.3.- Elementos subjetivos	194
2.4.- Bien jurídico tutelado	195
3.- Clasificación en orden al tipo	225
4.- Causas de justificación operantes	232
5.- Casos de inculpabilidad	233
6.- Critica a la punibilidad señalada en el parrafo -- II del artículo 265 del código penal para el ----- Distrito Federal	236

CAPITULO V	240
1.- Relación de la culpabilidad con la pena	250
2.- La culpabilidad y la prevención	252
CONCLUSIONES	260
INDICE	265
BIBLIOGRAFIA	269

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Carrancá y Trujillo, Raúl. "Principio de Sociología-Criminal y Derecho Penal". Escuela Nacional de Ciencias-Políticas y Sociales. 1a. edición, México, 1955.
- 2.- Carrará, Francisco. "Programa del curso de Derecho - Criminal". Editorial Temis, Bogota, 1956.
- 3.- Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal" T.I, 12a edición, Barcelona 1956.
- 4.- González Blanco, Alberto. "Delitos Sexuales", Editorial Porrúa S.A, 3a. edición, México, 1974.
- 5.- Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito". Editorial Hermes, 2a edición, 1954.
- 6.- Margadant, Floris. "Introducción a la Historia del - Derecho Mexicano", Editorial Esfinge, 2a, edición, México, 1976.
- 7.- Mommsen, Teodoro. "El Derecho Penal Romano" T. II. - Editorial La España Moderna, calle de Fomento 7. Madrid, 1986.
- 8.- Mezger, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal", T.I, -- Editorial Reus Madrid 1927, Trad. Luis Jiménez de Asúa, - 1975.
- 9.- Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para juristas" Mayo ediciones S. de R.L. 1a. edición, México, 1981
- 10.- Pannain, Remo. "Manuale di Diritto Penale, Torino, - 1950.
- 11.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho -- Penal Mexicano" Parte General". Editorial Porrúa, S.A, - México, 1989
- 12.- Pavón Vasconcelos, Francisco. "Concurso aparente de normas". Editorial Cajica, 1a. edición, Puebla México, - 1975.

13.- Forte Petit Candaudap, Celestino. "Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal", T.I. Editorial ----- Porrúa, S.A., 12a. edición, México. 1989.

14.- Forte Petit Candaudap, Celestino. "Ensayo dogmático sobre el delito de violación", Editorial Porrúa, S.A., - 4a. edición, México, 1985.

15.- Rodríguez Mourullo. "Derecho Penal parte general".- Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978.

16.- Sainz, Cantero. "Lecciones de Derecho Penal, Parte-General" T.I. Introducción. Editorial Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1979.

17.- Villalobos, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano parte-general". Editorial Porrúa, S.A., 4a. edición. 1983.

18.- Von List, Franz, "Tratado de Derecho Penal II" Editorial Esfinge, 3a. edición, Madrid. Trad. Luis Jiménez-de Asúa, 1985.

19.- Código Penal para el Distrito Federal en materia -- del Fuero común y para toda la República en materia del Fuero Federal. Editorial Porrúa, S.A., 45a. edición, México, 1989.

20.- Diccionario de Jurisprudencia criminal mexicana. -- Editorial Cajica la. edición, México, 1974.

21.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y territorios de la Baja California, J.S, Ponce de León im presor, México 1871 p.p. III a XXLV. reimpresión, 1970.

REVISTAS CONSULTADAS:

22.- Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Veracruz, tomo IV. No. 2. 1984.

23.- Revista Criminal, año XXIV (1960). La punibilidad -
y su ausencia. Academia Mexicana de Ciencias Penales.