



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

**“LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD
DEL ABORTO EN EL DISTRITO FEDERAL COMO
VIOLACIÓN A LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS”**

TESIS

Que para obtener el título de:
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

SILET GUADALUPE HERNÁNDEZ LÓPEZ

ASESOR: Lic. Rogelio Llamas Rojas

Celaya, Gto.

Mayo 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A MIS PADRES

ELBA LÓPEZ MÉNDEZ Y VÍCTOR HUGO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Entrego a ustedes mi gratitud imperecedera por ser ejemplo de entereza, de persistencia, de esfuerzo y de gran valía. Desde el inicio de mi existencia hasta el día de hoy, se han dedicado a la incansable labor de ser soporte y consejo, al igual que corrección, sin infirmar la tolerancia ni la comprensión que les caracteriza.

Es al término de esta etapa de mi formación profesional que agradezco a ustedes sobremanera el esfuerzo y el amor que me han brindado, a pesar del cansancio y de toda adversidad; puesto que aún más que mis padres, puedo afirmar con toda honestidad que he encontrado en ustedes una verdadera amistad.

A MI ASESOR DE TESIS

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Agradezco a usted por ser guía y acompañante en el camino a consumir este trabajo de investigación, así como por todos los conocimientos transmitidos a través de la cátedra durante mi formación universitaria.

A MIS MAESTROS

Cada uno de ustedes sembró inquietudes intelectuales en mi interior, dieron dirección a mis cualidades y las incentivaron, llevaron la orientación de las aulas a un nivel personal hasta convertir el estudio universitario en una lección de vida. Por su tiempo y dedicación, gracias.

A MIS AMIGOS

Gracias por haber estado conmigo en los buenos momentos, en los malos y en los que nos han resultado peores. Son ustedes personas entrañables que me alegro haber encontrado en el camino.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Pág.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO DE LAS PERSONAS.

1.1 Atributos de las personas físicas	1
1.1.1 Capacidad.	1
1.1.2 Estado civil.	2
1.1.3 Patrimonio.	2
1.1.4 Nombre.	2
1.1.5 Domicilio.	3
1.1.6 Nacionalidad.	3
1.2 Personalidad jurídica.	3
1.3 Capacidad de goce y de ejercicio.	4
1.4 Incapacidad.	5
1.5 Iniciación de la personalidad y la condición jurídica del nascituris.	5
1.6 Fin de la capacidad y de la personalidad física.	8
1.7 Grados de la capacidad de goce.	8
1.8 Capacidad de ejercicio y representación.	9
1.8.1 Grados de la incapacidad de ejercicio.	10
1.8.2 La regla general es la capacidad de goce y de ejercicio.	11
1.8.3 Capacidad para actos de dominio y para actos de administración.	11
1.8.4 La representación como institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.	12

1.9 Filiación.	12
1.10 Prueba de filiación.	13
1.11 Posesión de estado de hijo.	13
1.12 Acción de reclamación de estado de hijo.	14
1.13 Investigación sobre la maternidad o paternidad.	14
1.14 Reconocimiento voluntario.	15
1.15 Irrevocabilidad y nulidad del reconocimiento voluntario.	16
1.16 Reconocimiento forzoso o judicial.	16
1.17 Efectos del reconocimiento.	17
1.18 La presunción pater is est.	17
1.19 Confusio sanguinis.	18
1.20 Plazos para ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad.	18

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1 Definición de los elementos del delito.	20
2.2 Conducta.	21
2.2.1 Concepto de conducta.	21
2.2.2 Forma de conducta.	22
2.2.3 La acción stricto sensu.	23
2.2.3.1 La acción en la sistemática finalista.	24
2.2.3.2 Elementos de la acción stricto sensu.	25
2.2.4 La omisión.	26
2.2.4.1 Elementos de la omisión	28
2.2.5 La ausencia de conducta.	29
2.3 Tipicidad.	30
2.3.1 Funciones del tipo penal.	32
2.3.2 Elementos del tipo penal.	33
2.3.3 Contenido de la tipicidad.	37
2.3.4 Clasificación de los tipos.	38
2.3.5 Ausencia de tipo y de tipicidad.	40

2.4 Antijuridicidad.	42
2.4.1 Antijuridicidad forma y material.	44
2.4.2 Ausencia de antijuridicidad. las causas de justificación.	45
2.4.2.1 Legítima defensa.	48
2.4.2.2 Estado de necesidad.	50
2.4.2.3 Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.	52
2.4.2.4 Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.	53

CAPÍTULO TERCERO

TEORIA DEL DELITO. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

3.1 Definición de los elementos subjetivos del delito.	55
3.2 La imputabilidad.	55
3.2.1 El imputable.	57
3.2.2 La responsabilidad.	58
3.2.3 Acciones liberae in causa.	58
3.2.4 La inimputabilidad.	59
3.2.5 Causas de inimputabilidad.	60
3.3 La culpabilidad.	61
3.3.1 Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad.	62
3.3.2 Formas de la culpabilidad.	64
3.3.2.1 El lodo.	64
3.3.2.2 Especies de lodo.	65
3.3.3 La culpa.	66
3.3.3.1 Elementos de la culpa.	67
3.3.3.2 Clases de culpa.	67
3.3.4 La inculpabilidad.	69

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD.

4.1 Noción de punibilidad.	76
4.2 La pena.	77

4.2.1 Finalidad de la pena.	79
4.2.2 La pena y las medidas de seguridad.	80
4.3 Ausencia de publicidad.	90

CAPÍTULO QUINTO

EL ABORTO

5.1 El aborto en la medicina y en el derecho.	95
5.2 Los derechos humanos.	97
5.3 Los derechos reproductivos.	97
5.4 El derecho a la protección de la salud.	99
5.5 El derecho a una vida digna.	102
5.6 El aborto en el derecho mexicano.	103
5.7 El derecho provocado en el interior de la República.	104

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El tema a tratar en el presente trabajo de investigación es el siguiente: “La declaración de constitucionalidad del aborto en el Distrito Federal como violación a la protección del nasciturus”.

Dado que es menester comprender los alcances de la seguridad jurídica brindada al embrión humano, esta investigación se orienta al estudio del estado de indefensión en el que queda el nasciturus ante la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de resolver constitucional el aborto antes de las doce primeras semanas de gestación sin que tengan responsabilidad penal la abortante, el médico o su personal. El tipo penal anterior definía doctrinalmente al aborto como “la muerte del producto de la concepción”, la conducta que lo integra: matar, presupone que el concebido tiene vida y merece protección.

Lo que se significa en la desprotección del concebido pero no nacido, ya que no puede manifestarse y queda privado del derecho fundamental más básico: el de la vida.

Para el desarrollo de los temas comprendidos en el plan de trabajo, me remito a la doctrina tanto en materia civil como en materia penal, al igual que a la jurisprudencia y al derecho positivo.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO DE LAS PERSONAS

1.1 ATRIBUTOS DE LA PERSONA FÍSICA

Los principales atributos de las personas físicas según Rafael Rojina Villegas son: “Capacidad, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. El estado civil consiste en la situación jurídica concreta que guarda en la relación con la familia. El patrimonio que es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a un solo titular. El nombre que es el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales. El domicilio que es el lugar en que una persona reside habitualmente. La nacionalidad que es el vínculo jurídico que liga a una persona con la nación que pertenece.”¹

1.1.1 CAPACIDAD

Es la “aptitud para adquirir un derecho o para ejercerlo y disfrutarlo, también se entiende como la aptitud o idoneidad para ser sujeto de relaciones de esta naturaleza. La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; esta puede ser total o parcial.”²

¹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I INTRODUCCIÓN PERSONAS Y FAMILIA. Ed. Porrúa. México 2004.p.158.

² ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. p.158

1.1.2 ESTADO CIVIL

Estado “es el conjunto de cualidades que la ley toma en consideración a los Individuos para atribuirles efectos jurídicos. El estado de las personas reviste gran importancia, porque mediante él se determinan los derechos y obligaciones correspondientes a los individuos en relación con el grupo social. Se divide el estado de las personas en civil o de familia y político. El estado civil comprende las calidades del hijo, padre, esposo, pariente, casado, viudo, mayores de edad, etc. El estado político precisa la situación del individuo respecto a la nación a que pertenezca, para determinar su calidad de nacional o extranjero”.³

1.1.3 PATRIMONIO

Se ha definido como el “conjunto de obligaciones y derechos apreciables en dinero. De este modo, el patrimonio de las personas se integra siempre por un conjunto de bienes, de derechos, así como por las obligaciones y cargos; pero es necesario que estos derechos y obligaciones integrantes del patrimonio sean siempre valorados en dinero”.⁴

1.1.4 NOMBRE

El derecho al nombre es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial, es decir no es valorable en dinero, ni puede ser objeto de contratación. Se trata de una facultad jurídica que no es transmisible hereditariamente y que no figura dentro del patrimonio del difunto.

³ FLORES GOMEZ GONZALEZ FERNANDO Y OTRO. NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Ed. Porrúa. México 1999. p. 279

⁴ FLORES GOMEZ GONZALEZ FERNANDO Y OTRO. Op. Cit. p.281.

“El nombre se confiere en el momento en que nace la persona, de aquí que sea una facultad inherente a la misma, que no le corresponde por herencia sino que el derecho le atribuye en su calidad de tal”.⁵

1.1.5 DOMICILIO

El domicilio es un atributo de las persona. Se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él.

1.1.6 NACIONALIDAD

La nacionalidad “es el vínculo jurídico establecido entre el individuo y el Estado. De esta relación se producen derechos y obligaciones mutuas. La nacionalidad mexicana de conformidad con el Artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Artículos 1 y 2 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización se puede adquirir por nacimiento o por naturalización”.⁶

1.2 PERSONALIDAD JURÍDICA

La palabra “persona designaba, en su origen la máscara que se colocaba el actor para representar su papel. La persona jurídica es la que puede representar un papel en la escena jurídica”.⁷

Se le llama “persona” en sentido jurídico, al sujeto de derechos y obligaciones, puntualizando que solo lo son los individuos de la especie humana, ya sea hombre o mujer. De esta suerte que la personalidad es la

⁵ IBIDEM. p.277

⁶ IBIDEM. p. 280

⁷ MAZEAUD HENRI Y OTROS. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Buenos Aires 1959. p.5.

aptitud que confiere el Estado para ser titular de derechos y obligaciones, otorgándose tanto a personas físicas como a las jurídico colectivas.

“Desde la abolición de la esclavitud en las colonias francesas en el año de 1848 y con la supresión de la muerte civil en 1854, todo ser humano tiene la personalidad jurídica y, en principio la plena capacidad de goce, por el contrario, muchas personas a causa de su edad o de sus facultades mentales no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismas sus derechos; no tienen la capacidad de obrar”.⁸

1.3 CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla, si se suprime desaparece la personalidad en cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar.

Kelsen concibe al sujeto, como un centro de imputación de derechos obligaciones y actos jurídicos. Por lo tanto, la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico.⁹ Este “centro ideal de imputación” es un modo especial de denominar la unidad formada por una pluralidad de normas que atribuyen derechos y deberes.

En virtud de la personalidad jurídica, el Estado reconoce a una o más personas la capacidad para contraer obligaciones y realizar actos jurídicos reconocidos ante terceros. El objeto de realizar dichos actos es el de producir efectos jurídicos, tales como: crear derechos, extinguir derechos preexistentes, modificarlos o confirmarlos respecto de una situación jurídica anterior.

La capacidad de goce es el atributo esencial e imprescindible de toda persona, mientras que la ausencia de la capacidad de ejercicio, entendida como la aptitud en virtud de la cual la persona física hace valer directamente

⁸ MAZEAUD HENRI Y OTROS. Op. Cit. p.1

⁹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op. Cit. p. 158.

sus derechos, celebrando en nombre propio actos jurídicos y contrayendo obligaciones, no afecta la existencia de la personalidad.

1.4 INCAPACIDAD

El artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: “Tienen incapacidad natural y legal los I.-Los menores de edad; II.- Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por si mismos o por algún medio que los supla”.

La incapacidad natural “es la derivada de la falta de edad o de la enfermedad y la incapacidad legal es a fundada en todas las demás causas establecidas por la ley. La interdicción es un estado especial de las personas que constituye una incapacidad para la realización de determinados actos civiles. Esta se produce en virtud de una resolución judicial, civil o penal siendo esta consecuencia accesoria de determinadas sanciones penales”.¹⁰

El artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: “La minoría de edad, el Estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentarse contra la integridad de la familia: pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

1.5 INICIACIÓN DE LA PERSONALIDAD Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS

El “nasciturus” es el concebido aun no nacido (“nondum natus”), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción

¹⁰ DE PINA RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. 22ª ed. Ed. Porrúa. México 2002. P.209.

hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferentes etapas de embrión y de feto.

Por embrión debe entenderse el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes de embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto. Dentro del periodo embrionario se habla de distintas etapas, en cualquiera de las cuales nos encontramos en presencia de un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida con la de un hombre adulto.

Desde un punto de partida ordinario la personalidad humana comienza con el nacimiento”.¹¹ Como excepción a la regla, el hijo no nacido aún, es capaz de adquirir derechos desde la época de la concepción.

El Código Civil para el Distrito Federal en su numeral 22 establece que: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.

Al declarar que desde la concepción del individuo se le tiene como nacido para sus efectos, la legislación civil le reconoce el goce de la protección de este derecho. De esta forma se establecen medidas que tienden a conservar los derechos que al nacer habrá de adquirir junto con la categoría de persona.

Al nasciturus se le reconoce principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legado y para recibir en donación. Esta protección otorgada al concebido comprende principalmente la preservación de la vida.

¹¹ MARCEL PLANIOL Y OTRO. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL I DIVORCIO, FILIACION,

México

INCAPACIDADES. 2ª ed. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor.

1991. P.179.

“El origen de la personalidad del sujeto individual de derechos se coloca, según las diversas doctrinas formuladas a este respecto, bien en el momento de la concepción, bien en el del nacimiento o bien en el momento en que el nacido muestra aptitud para seguir viviendo separadamente del claustro materno”.¹²

La capacidad de goce se encuentra adherida a la calidad de ser humano para poder obtenerla y al hacerlo se adquiere también la personalidad. De tal manera que el numeral 337 del Código Civil del Distrito Federal establece que: “Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda de paternidad”.

Por lo tanto “el nacido muerto no es persona, aún cuando la muerte haya ocurrido durante el parto y haya vivido el periodo intrauterino durante el embarazo normal. Para nacer vivo basta con que la criatura haya respirado. La prueba se hace con facilidad por la presencia de aire en los pulmones, para nacer viable, la criatura debe estar constituida de tal manera que pueda vivir, debe tener todos sus órganos para poder existir”.¹³

Por su parte, Nicolás Coviello nos dice que la personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en el que el feto ha salido completamente del seno materno; pues este es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que le corresponde a la madre. Por eso no basta con que salga únicamente la cabeza, pero por otra parte no es necesario que se haya cortado el cordón umbilical.

También José Maldonado y Fernández del Torco niega la personalidad del concebido diciendo: para intentar hallar una calificación técnica del

¹² DE PINA RAFAEL. Op Cit. p.209.

¹³ MAZEAUD HENRI Y OTROS. Op Cit. p.8.

beneficio que el principio recogido por nuestro Código Civil confiere al “nasciturus”, no cabe recurrir a pensar que se le concede a este la categoría de la personalidad jurídica.

La capacidad jurídica solo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones que la ley determina.

1.6 FIN DE LA CAPACIDAD Y DE LA PERSONALIDAD FÍSICA

“Así como el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad y, por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó, no extinga la personalidad. Esto ocurre, en las personas ausentes. Como se ignora que el ausente vive o muere la ley no puede determinar la extinción de la personalidad con un dato incierto”.¹⁴

El único sistema consiste en formular presunciones de muerte, las cuales se regulan en ciertos periodos de la ausencia. Primero se debe declarar que el individuo se encuentra ausente para todos los efectos legales; no basta la ausencia de hecho, debe haber la declaratoria judicial de ausencia. La presunción de muerte puede ser anterior o posterior a la muerte real.

El sujeto puede ser privado de la personalidad aún en vida, o el derecho puede seguir reconociendo personalidad a un ser que haya muerto; y a pesar de que se declare la presunción de muerte, cuando el sujeto aparece se destruyen todos los efectos jurídicos relacionados con la presunción de muerte.

1.7 GRADOS DE LA CAPACIDAD DE GOCE

¹⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Op Cit. p. 163.

“Los grados de la capacidad de goce están determinados respectivamente el principio y fin de la personalidad individual. El grado mínimo de la capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta de que nazca vivo. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir derecho de heredar, de recibir en legados o de recibir en donación: también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural”.¹⁵

Otra manifestación de la capacidad de goce se refiere a los menores de edad. En los menores de edad se tiene la capacidad de goce notablemente aumentada, se podría decir que es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor en pleno uso y goce de sus facultades mentales.

Por último, el tercer grado está representado por los mayores de edad. Se debe hacer la distinción de mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes; estas diferentes formas que perturban la inteligencia no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, pero si afectan la capacidad de goce en cuanto a las relaciones de familia sobre todo para el ejercicio de la patria potestad, pues no se tiene la aptitud necesaria para ejercitar este derecho.

1.8 CAPACIDAD DE EJERCICIO Y REPRESENTACIÓN

La capacidad de ejercicio “es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente. Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”.¹⁶

¹⁵ IBIDEM. p.163.

¹⁶ IBIDEM. p. 164.

Por lo tanto la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones, de aquí que un representante haga valer sus derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él actos jurídicos. Es así como la representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

1.8.1 GRADOS DE LA INCAPACIDAD DE EJERCICIO

Se distinguen cuatro diferentes grados de la incapacidad de ejercicio los que son:

- a) El primero corresponde al ser concebido, pero no nacido, en el cual necesariamente existe la representación de la madre o en su caso la del padre. Para los únicos casos en que el derecho permite capacidad de goce es para la herencia, el legado y las donaciones. Los padres o en su caso la madre tienen la representación tanto para adquirir los derechos por su conducto, como para hacerlos valer si fuere necesario.
- b) El segundo grado se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. Para estos menores de edad existe incapacidad natural y legal, pero esta incapacidad es total, no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones, necesitan siempre del representante.
- c) El tercer grado corresponde a los menores emancipados en donde existe solo incapacidad parcial de ejercicio y, consiguientemente, semi-capacidad. Pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin embargo para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles es menester la autorización judicial. También el menor emancipado necesita el consentimiento de sus padres o de su tutor.

d) Un cuarto grado en la realización de la incapacidad de ejercicio corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas. Para los actos jurídicos familiares como matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, etc. No existe capacidad de goce para dichos sujetos enajenados o perturbados y por tanto no puede haber representación.

1.8.2 LA REGLA GENERAL ES LA CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO

Existiendo la capacidad de goce debe existir la capacidad de ejercicio, excepto para los menores de edad y para los que sufran perturbaciones mentales o carezcan de inteligencia. Por lo tanto la incapacidad como excepción debe estar expresamente declarada en la ley.

La incapacidad no puede imponerse por contrato o por acto jurídico, únicamente la ley puede decretarla¹⁷.

1.8.3 CAPACIDAD PARA ACTOS DE DOMINIO Y PARA ACTOS DE ADMINISTRACIÓN

Es la capacidad especial que requiere la ley para llevar a cabo actos de dominio. No basta tener la capacidad general por ser mayor de edad, sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate. La capacidad para celebrar actos de dominio supone la propiedad, la autorización legal o la de su propietario para realizarlos¹⁸.

En los actos de administración no se alterna la propiedad de la cosa, ni desde el punto de vista jurídico por enajenación o de constitución de gravámenes, ni desde el punto de vista material por transformación o consumo,

¹⁷ IBIDEM. p.166

¹⁸ IBIDEM. p. 167.

de aquí que la capacidad para celebrar actos de administración respecto de bienes ajenos no sea tan estricta para celebrar actos de dominio.

1.8.4 LA REPRESENTACIÓN COMO INSTITUCIÓN AUXILIAR DE LA INCAPACIDAD DE EJERCICIO

Toda incapacidad de ejercicio impide que el sujeto haga valer directamente sus derechos. La representación legal se convierte en una institución auxiliar y necesaria de la incapacidad de ejercicio, pues sin ella aunque se tuviere la capacidad de goce propiamente se carecería de dicha aptitud, dada la imposibilidad de hacer valer los derechos que por si misma se hubieren adquirido.

La representación supone que un sujeto denominado representante actúa en nombre y por cuenta del representado, de tal manera que las consecuencias jurídicas de los actos que realice afectarán el patrimonio, la persona o el estatus en general del representado. Cuando el acto se ejecuta en nombre del representado, las relaciones jurídicas directamente se establece entre él y los terceros que contrataron con el representante; en cambio cuando se actúa sólo por cuenta de una persona, dichas relaciones se constituyen directamente entre los contratantes afectando sólo el patrimonio del sujeto por el cual se actúo.

1.9 FILIACIÓN

La filiación "es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y por lo tanto constituye la forma más cercana de parentesco. Filiación jurídica en sentido amplio debe entenderse como la relación creada

entre los progenitores padre y madre y sus descendientes, hijos que forman el núcleo social primario de la familia a quienes la ley atribuye derechos, deberes y obligaciones”¹⁹.

La paternidad y la filiación jurídicas se basan en la filiación biológica, pues de ella se toman las presunciones e indicios para establecer tales vínculos. No siempre coincide la filiación biológica con la jurídica, pues biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre, sin embargo desde la perspectiva jurídica sí, ya sea porque los padres se desconozcan o porque no se cumplieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.

1.10 PRUEBA DE FILIACIÓN

La prueba de filiación “se establece con el acta de nacimiento del hijo, unida a la identidad del presunto hijo con aquel al que se refiere el acta. El Código Civil para el Distrito Federal establece que tanto el padre como la madre están obligados a reconocer a sus hijos estén casados o no lo estén”.²⁰

A falta de acta de nacimiento o si esta fuere defectuosa e incompleta o falsa la prueba de filiación se establece con la posesión constante del estado de hijo, o bien con los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo los biológicos y los que el avance científico ofrezca en su momento.

1.11 POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO

Por posesión de estado de hijo como prueba para establecer la filiación “debe entenderse la situación de una persona respecto de sus progenitores, reales o supuestos, que lo consideran y lo tratan como hijo. Para que se dé la posesión

¹⁹ BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y OTRO. DERECHO DE FAMILIA. Ed. Oxford. México. 2005. P. 227.

²⁰ BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y OTRO. Op. Cit. p.228.

de estado de hijo la doctrina y la ley requieren la presencia de cuatro elementos”.²¹

El primer elemento es el nombre, que se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga y use permanentemente el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores con la anuencia de ellos. El segundo elemento es el trato que se refiere a que los presuntos progenitores hayan tratado al presunto hijo como tal. El tercer elemento es la fama que se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial, el último elemento es la edad que consiste en la edad exigida por la ley para contraer matrimonio.

La posesión de estado de hijo es un hecho que requiere ser probado, lo que puede efectuarse por cualquiera de los medios de prueba que autoriza la ley, incluso la prueba testimonial.

1.12 ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE ESTADO DE HIJO

Un supuesto hijo puede reclamar su estado de hijo aunque carezca de acta de nacimiento y de posesión de dicho estado y su acción para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes en virtud de ello. Si el hijo no reclama el estado en cuestión, podrán hacerlo los nietos o bisnietos quienes pueden establecer su genealogía sin límite de grado o de tiempo. La condición de hijo solo puede perderse por sentencia ejecutoria.

1.13 INVESTIGACIÓN SOBRE LA MATERNIDAD O PATERNIDAD

La filiación entre madre e hijo “solo requiere que sean probados dos elementos; en primer lugar el hecho del parto y el segundo la identidad entre el ser que dio a luz y el que pretende serlo excepto en aquellos casos en que el

²¹ IBIDEM. p.229

alumbramiento haya tenido lugar sin testigos o cuando después de dar a luz la madre haya abandonado al hijo o lo haya regalado y la mujer que lo recibió lo haga pasar como hijo de ella, por tanto se es hijo de la madre si se prueba el parto y si la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel alumbramiento”.²²

Si la maternidad se deduce de una sentencia civil o penal – adulterio o exposición de infante - el hijo puede demandar la investigación de la maternidad para establecer su filiación, a pesar que en el momento de la demanda la madre haya contraído matrimonio.

La investigación de la paternidad solo puede intentarse cuando haya quedado establecida la maternidad, ya que la paternidad solo se establece por el dicho de la madre y desde el punto de vista jurídico, por medio de presunciones. La acción de investigación de la maternidad o la paternidad solo se permite en vida de los padres.

1.14 RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

“Consiste en la manifestación espontanea de la voluntad de uno o ambos progenitores para aceptar como hijo al que no tienen reconocido como tal. El acto jurídico de reconocimiento voluntario es personalísimo e irrevocable además de solemne pues únicamente puede realizarse en las formas limitadamente por la ley”.²³

Este reconocimiento pueden efectuarlo los padres de modo conjunto o separado y debe hacerse por medio de alguna de las siguientes formas:

- a) En la parida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil.

²² IBIDEM. p. 231.

²³ IBIDEM. p.234

- b) En el acta especial de de reconocimiento ante la misma autoridad incluso cuando el nacimiento se haya realizado con anterioridad. Si el reconocimiento se llevo a cabo con posterioridad al registro se harán las anotaciones en el acta de nacimiento original y se levantara una nueva acta de nacimiento.
- c) Mediante escritura ante Notario Público.
- d) Por testamento.
- e) Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las formas antes señaladas no producirá ningún efecto y solo podrá constituir principio de prueba en los juicios de investigación de la maternidad o paternidad.

1.15 IRREVOCABILIDAD Y NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

La filiación surgida del reconocimiento voluntario no siempre establece la certeza jurídica tanto para los progenitores como para los descendientes de ser, respectivamente, los padres y los hijos; por ello, este reconocimiento puede ser objeto de nulidad y de contradicción, pero no de revocación.²⁴

El reconocimiento voluntario efectuado en forma legal no es revocable y si fue hecho en testamento, subsiste aunque el testamento sea revocado, sin embargo como todo acto jurídico es susceptible de anulación por error, dolo o violencia.

1.16 RECONOCIMIENTO FORZOSO O JUDICIAL

²⁴ IBIDEM. p. 236.

“Cuando el reconocimiento de los hijos no se obtiene espontáneamente, queda al hijo la acción de reconocimiento forzoso, ello a fin de establecer su filiación como hijo por medio del ejercicio de la acción de investigación de la paternidad o la maternidad para que a través del juicio respectivo el juez atienda las probanzas que se le aleguen y si a su juicio estas son suficientes, se establecerá la filiación del hijo con sus progenitores”.²⁵

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad debe hacerse ante los tribunales familiares.

1.17 EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

El efecto directo del reconocimiento es el de establecer la relación de filiación entre progenitores e hijos. “Establecida la filiación de hijo, ya sea reconocida en forma voluntaria o a consecuencia del juicio de investigación de la paternidad o de la maternidad, en consecuencia el hijo tendrá derecho a:

- a) Usar los apellidos del que lo reconozca.
- b) Ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- c) Obtener la porción hereditaria, que como a cualquier pariente consanguíneo le corresponda.
- d) Los demás que se deriven de la filiación, como la custodia y la patria potestad así como algunos impedimentos (matrimonio).²⁶

1.18 LA PRESUNCIÓN *PATER IS EST*

²⁵ IBIDEM. p. 239

²⁶ IBIDEM. p.239.

La filiación se deriva del matrimonio, del concubinato o de otra unión. En la filiación los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se conoce con el nombre latino *pater is est quem nuptiae demonstrat* que se resume en “es el padre el que el matrimonio indica”, es el padre el marido de la madre en el momento del nacimiento, tal presunción se funda en los siguientes supuestos:

- a) La fidelidad de la esposa y,
- b) La aptitud del esposo para engendrar.

1.19 CONFUSIO SANGUINIS

En caso de segundas nupcias puede haber confusión en cuanto a la paternidad entre el primer marido y el segundo. Esta circunstancia se puede dar en caso de viudez, nulidad de matrimonio, divorcio y separación y se suscita al no respetarse los plazos de ley que fijan algunas legislaciones a la mujer para contraer matrimonio después de disuelto el primero. Tales legislaciones regulan esos plazos para resolver los casos en los que pueda llegar a existir confusión en cuanto a la paternidad.

1.20 PLAZOS PARA EJERCER LA ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

El desconocimiento de la paternidad implica la negación de que el hijo de la esposa a dado a luz sea de su marido, es por ello que la paternidad cesa después de los trescientos días de que los conyugues fueron legalmente separados.

El cónyuge varón puede contradecir la paternidad de los hijos de su cónyuge por medio de la acción de contradicción de la paternidad. En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad deberá deducir la

acción dentro de los 60 días contados a partir de que tuvo conocimiento del nacimiento; así cuando se le oculto el alumbramiento del hijo, tiene 60 días contados a partir del día en que el descubrió el nacimiento. O cuando el supuesto padre no tuvo conocimiento del nacimiento del hijo por estar ausente tienen 60 días a partir del día en que regresó y se enteró del suceso.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

2.1 DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

La palabra delito deriva del verbo latino *deliquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Pese a profusos esfuerzos de notables juristas, no se ha logrado establecer una noción filosófica del delito con validez universal, puesto que se encuentra inmerso en la realidad social y humana, variable según el pueblo y la época. De tal suerte que, los hechos alguna vez establecidos como delitos, han perdido esa calidad debido a diversas circunstancias, al tiempo que otros que no lo eran, han adquirido este carácter.

No obstante, exclusive los obstáculos manifiestos, podemos identificar al delito por medio de una fórmula definida por sus atributos esenciales como sigue:

El delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

En este capítulo nos abocaremos al estudio de los elementos objetivos del delito, que son: la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad. A la vez que de su aspecto negativo.

2.2 CONDUCTA

El delito necesita de la conducta para poder existir. Es necesario hacer énfasis en que únicamente la conducta proveniente del hombre es relevante para el Derecho Penal, descartando que los animales, objetos y personas morales puedan constituirse en sujetos activos del delito.

A la conducta humana como elemento del delito, se le han dado denominaciones como “acto”, “hecho” o “acción *lato sensu*”.

Respecto del hecho, Jiménez de Asúa, manifiesta “El primer carácter del delito es ser un acto. Y se emplea la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta, es decir este acto no es otra cosa sino una conducta voluntaria que produce un resultado, pues el derecho no regula hechos en general, sino sólo la conducta humana, siendo ésta una especie de hecho”.¹

Sin embargo, el término conducta incluye correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

2.2.1 CONCEPTO DE CONDUCTA

Fernando Castellanos la define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.²

Raúl Carrancá y Trujillo expresa que la conducta consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto,

¹ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORIA DEL DELITO. 11ª ed. Ed. Porrúa. México 2003. p. 85.

² CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO PENAL. 44ª ed. Ed. Porrúa. México 2003. p.149.

siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.³

La expresión *conducta* es lo suficientemente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o inacción. Resulta paradójico que esta segunda forma que puede revestir el comportamiento típico –caracterizada por una inactividad o ausencia de acción– forme parte de un concepto general denominado “acción” o “actividad”. En la expresión “conducta”, entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta su voluntad. Implica, pues un superior concepto de genérica significación, idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente plasma la voluntad de los hombres.⁴

2.2.2 FORMAS DE CONDUCTA

Atendiendo a la fuerza física, en el lenguaje de Carrara, o a la conducta, según lo antes dicho, en sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable (art. 7 c. p.); la acción en el aspecto positivo o *stricto sensu* es denominada por el c. p. acto (de *actus*, hecho ejecutado u obrado) y el negativo, omisión.⁵

El artículo 1º del Código Penal para el Distrito Federal, enuncia lo siguiente:

³ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. 10ª ed. Ed. Porrúa. México 1972. p.197.

⁴ JIMENEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. 2ª ed. Ed. Porrúa. México 1977. p. 107.

⁵ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p.198.

“A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta”.

De aquí se desprende el elemento de conducta, el cual se divide en dos formas de conducta: la de acción y la de omisión.

2.2.3 LA ACCIÓN *STRICTO SENSU*

Podemos comprender a la acción en dos sentidos:

En sentido amplio, la conducta o acción *lato sensu* puede manifestarse por actos u omisiones.

El acto o la acción, *stricto sensu*, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca. Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible.⁶

La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto; por ello se la ha denominado “voluntad de causación” (Leonhard). No incluye, por tanto, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios (art. 15, fr. X c. p.), ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (art. 15, fr. I c. p.); y por no constituir movimiento corporal, tampoco incluye los

⁶ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.152.

pensamientos, las ideas e intenciones; *cogitationis delinquere non potest*. Todos estos casos son de ausencia de conducta. Por último, el resultado, efecto del acto, ha de estar sancionado por las leyes penales (art. 7 c. p.), es decir, previsto configurativamente por ellas y amenazados con una pena.⁷ *Cogitationis delinquere non potest* es una locución latina, la cual se refiere a que los pensamientos no delinquen.

Cuello Calón nos dice, al efecto, que los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una prohibición de la ley penal. En los delitos de acción el precepto penal es prohibitivo: no matarás, no robarás, etc. La mayoría de los delitos en nuestro código penal son de acción.

2.2.3.1 LA ACCIÓN EN LA SISTEMÁTICA FINALISTA

La acción humana se distingue por su finalidad, por la realización de un propósito. El propósito de la acción permite al hombre sobre establecer el proceso causal, anticipando una meta determinada. A partir de ésta, el hombre dispone de los elementos y medios necesarios para el logro de una finalidad.

Fernando Castellanos identifica dos fases en las que se realiza la dirección final de la acción en la sistemática finalista:

- a) En la fase interna, la cual sucede en la esfera del pensamiento del autor, inicialmente se propone la realización de un fin; la selección de los medios para alcanzar el fin propuesto, la consideración de los efectos secundarios, los medios seleccionados y la consecución de un fin.
- b) En la fase externa, el autor procede a la realización en el mundo externo de lo planeado en la fase interna; pone en marcha el proceso

⁷ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p.199.

causal impregnado de finalidad, procurando alcanzar la meta propuesta.

Franz Von Liszt, a su vez, distingue en la acción las fases: interna (ideación, deliberación, resolución) y externa (exteriorización, preparación, ejecución) del delito.

La valoración penal se verifica en cualquiera de las fases de la acción, una vez que se ha materializado en el mundo exterior. Puede darse el caso de que la finalidad propuesta sea irrelevante para el derecho penal y no lo sean los medios empleados o los efectos secundarios.⁸

2.2.3.2 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN *STRICTO SENSU*

Numerosos juristas ha utilizado una terminología variada para determinar a los tres elementos de la acción, que en esencia son los mismos: la manifestación de la voluntad, un resultado y un nexo causal.

- a) Manifestación de la voluntad. Movimiento corporal voluntario del ser humano racional y consciente, encaminado a causar un cambio en el mundo exterior, realizando una actividad positiva.
- b) Resultado. La acción es causa de un resultado, que es la “modificación del mundo exterior” (Maggiore), el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas. Se le define también como la total realización típica exterior, o sea la conducta corporal del agente y el resultado externo que ella causa (Mezger).⁹ Este resultado debe ser sancionado por la ley penal.
- c) Nexo causal. Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un

⁸ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.156.

⁹ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p.198.

hacer del agente, una conducta positiva¹⁰. El nexo es un elemento de la conducta, es lo que une la causa con el efecto, sin el que éste no puede atribuirse a la causa.

El nexo causal debe ser material para ser relevante para el derecho penal, de tal forma que los medios elegidos para cometer cualquier acto ilícito sean objetivos e idóneos. Por lo tanto el resultado debe ser material y depender del agente para darse la relación de causalidad.

2.2.4 LA OMISIÓN

Para Cuello Calón, es la no ejecución de un hecho positivo que se tiene el deber de realizar. Ha de estar penada por la ley y debe estar prevista la pena que haya de aplicarse.

Es el aspecto negativo de la conducta, es la inactividad corporal voluntaria cuando se tiene el deber esperado de hacer y la obligación de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal: absteniéndose de hacer lo mandado expresamente e infringiendo una ley dispositiva.

Existen dos tipos de omisión: la omisión simple (u omisión propia) y la comisión por omisión (u omisión impropia).

En cuanto al delito de simple omisión, también llamado verdadero delito de omisión, no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley (Garraud); su esencia está constituida por la inejecución de una orden o mandato positivo de la ley (Vidal). Como se comprende, son todos los obligados por la ley a ejecutar determinada actividad los que, por no realizarla, dan a lugar a la infracción de esta especie¹¹.

¹⁰ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.158.

¹¹ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p.200.

Para Porte Petit consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico. Sus elementos son los siguientes:

- a) Voluntad o no voluntad (delitos de olvido).
- b) Inactividad.
- c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico.

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva. “Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva)”¹².

Se produce, como el delito de comisión positivo, por la violación de un deber legal de abstención; el deber de no atentarse contra la vida o la integridad corporal (Vidal); no implica un orden de obrar impuesto por la ley, sino por el contrario, una prohibición, por ejemplo, no matar, no dañar (Garraud); la esencia de este delito consiste en que el individuo no impide el comienzo de un suceso punible (Von Hippel), y se produce, así el resultado; por el acto de su autor, y que él omitió, el resultado hubiera sido impedido; en eso la omisión presenta gran analogía con la causalidad del acto, si bien no es la misma causalidad; la manifestación de la voluntad consiste aquí en la no realización voluntaria de un movimiento corporal que debería ser realizado (Lizt)¹³.

En los delitos de comisión por omisión, el deber de obrar puede provenir de una norma jurídica (de carácter público o privado), así como la obligación de obrar puede derivarse de especiales deberes profesionales. En otros casos,

¹² CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.154.

¹³ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p.201.

una conducta anterior (aún sin obligación profesional alguna) puede imponer el deber de ejecutar ciertos actos¹⁴.

2.2.4.1 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

Los elementos de la omisión son:

- a) Voluntad.
- b) Inactividad.
- c) Deber jurídico de obrar.
- d) Resultado típico jurídico.

La manifestación de la voluntad se traduce en un no actuar o un no efectuar la acción ordenada por el Derecho.

La inactividad corporal voluntaria, está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

Estos dos elementos se encuentran tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión. Sin embargo, en la segunda se hacen partícipes tanto un resultado material típico y una relación de causalidad entre el resultado y la abstención.

El deber jurídico de obrar se encuentra en la norma penal. La omisión incumple mandatos de hacer establecidos en los tipos penales, sin un resultado material, sino jurídico, por tratarse de normas preceptivas. Dicha omisión integra el delito.

¹⁴ CUELLO CALON EUGENIO. DERECHO PENAL. 16ª ed. Ed. Bosch. Barcelona 1971. p. 332.

El resultado típico jurídico de la omisión debe traer como consecuencia la descripción de un tipo penal descrito en la ley y sancionado por la misma. Los delitos de omisión, como los de acción, pueden lesionar bienes jurídicos tutelados por el derecho, o solamente ponerlos en peligro.

2.2.5 LA AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del primer elemento del delito.

Al faltar algún elemento esencial del delito, como lo es la conducta, éste no se puede constituir. Se considera un aspecto impeditivo por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. Ante la inexistencia de la conducta tampoco subsiste el delito.

Sólo puede hablarse de la ausencia de acción cuando los movimientos corporales realizados u omitidos, se efectúan en ausencia de la conciencia, de tal forma que se actúa simplemente de manera mecánica o totalmente determinado por fuerza exteriores, como sería el caso de la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*), o bien que haya operado una fuerza de la naturaleza sobre el sujeto, dando lugar a la fuerza mayor (*vis mayor*).

En virtud de la *vis absoluta*, la fuerza física exterior irresistible de una persona provoca que otra realice o se abstenga de realizar un movimiento corporal sin su voluntad para utilizarlo como medio o instrumento para lesionar un bien jurídico. Por tanto que, dada la fuerza física exterior irresistible, se ejerce una acción violenta hacia el agente, resultándose en la ejecución, irremediablemente, de lo que no había querido ejecutar.

Se entiende por *vis mayor*, que existe una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza que provoca un movimiento humano corporal e involuntario. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, esta se da sólo cuando el sujeto se ve sometido a una fuerza superior a la suya que se ejerce

directamente, por lo que su acto es involuntario. Se requiere que la fuerza sea material, física, externa e irresistible, sintiéndose el sujeto obligado a ceder ante ella.

En tratándose de la vis mayor como de la vis absoluta; en el momento en el que el sujeto pueda evitar aquella fuerza que lo hace obrar en determinado sentido, deja de operar la ausencia de conducta.

También pueden considerarse aspectos negativos de la conducta el sueño y el sonambulismo, excluyendo la embriaguez del sueño y el estado crepuscular hipnótico, donde se encuentran elementos de volición; la sugestión e hipnosis, entendida esta como un conjunto de situaciones especiales del sistema nervioso, producidas por maniobras artificiales, en las que se puede dar la sugestión intra o posthipnótica; así como la inconsciencia en alto grado: (actos reflejos) producidos por situaciones fisiológicas o el estado de sideración emotiva.

2.3 TIPICIDAD

La tipicidad es otro elemento esencial del delito: una vez acreditada la conducta, se estudia la tipicidad. Este concepto fue sistematizado por el jurista alemán Ernesto Beling a partir de 1906.

Para que el delito pueda configurarse, es necesario que a demás de existir una conducta, ésta debe ser típica.

La tipicidad es la adecuación de la acción al modelo descrito por el legislador (tipo penal), es decir, se encuadra la conducta real a la hipótesis plasmada en la ley.

Para Celestino Porte Petit “la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*”¹⁵.

La teoría del tipo y de la tipicidad, reafirma el principio fundamental del derecho penal moderno: *nullum crimen, sine lege*. Ésta fue evolucionando, ya que Beling, la interpretaba de manera descriptiva, separada de la antijuridicidad y la culpabilidad.

El tipo penal es la descripción de acción que hace el legislador tutelando una norma de cultura y previniendo una sanción. Basta con que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido.

Este principio lo vemos respaldado en nuestra Carta Magna, en el artículo 14:

“En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”

El Tipo Penal describe –y circunscribe– abstractamente los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito. Esta concepción del tipo penal es la que, en líneas generales y sin entrar en el problema de sus relaciones con los demás elementos del delito, norma también actualmente en los pensamientos de Mezger y Grispigni. El primero describe: “El tipo es un grupo relevante de presupuestos materiales del delito”. El segundo afirma: “El tipo legal es el conjunto de los elementos externos propios de un singular delito”¹⁶.

¹⁵ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.168.

¹⁶ JIMENEZ HUERTA MARIANO. Op. Cit. p. 29.

2.3.1 FUNCIONES DEL TIPO PENAL

El tipo tiene un carácter delimitador muy importante dado el principio *nullum crimen sine tipo*, al tiempo de que es razón de ser de la antijuridicidad.

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no es sólo pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad¹⁷.

Como función fundamentadora, el tipo penal dota de relevancia penalística a la conducta, de manera que no puede imputársele a una persona un delito de no estar establecido previamente en un tipo penal.

Nuestra Carta Magna le concede al tipo una función garantista, dado que establece en su artículo 14 en forma expresa: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Otorgándole a los miembros de una sociedad, la seguridad de que sólo es delito lo previsto como tal en un tipo legal contenido en la norma de la ley penal. Se entiende que se crean tipos por analogía cuando un juez equipara una conducta no típica a otra que sí lo es, dada su semejanza; y, por mayoría de razón, que se da relevancia a conductas no típicas que generan una mayor contravención al valor protegido que una conducta tipificada.

Al ser la tipicidad, la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, realiza una función indiciaria, dado que supone el indicio de un injusto: es indicio de la posible existencia del delito en sentido estricto. La *ratio cognoscendi* es una teoría que tiene por objeto que la tipicidad, es decir la adecuación de una

¹⁷ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.170.

conducta a una descripción legal penal, es indicio o antecedente primero de la antijuridicidad.

El tipo tiene una función preventiva, describiendo al delito por medio de la norma y la pena aplicable a los infractores; señalando así la conducta social deseada. La pena, que acompaña al tipo, tiene un carácter intimidatorio tal, que muchas personas no delinquen, no por ser virtuosas, sino por el temor a la sanción. Esta función la ejercen los tres poderes de la Unión: el Poder Legislativo al plasmar el tipo penal, el órgano jurisdiccional del Poder Judicial al imponer la sanción y el Poder Ejecutivo al cumplimentarla.

En su función motivadora, el tipo penal fomenta la conducta virtuosa, puesto que existen personas que están de acuerdo en la tipificación de conductas lesivas, fortaleciendo su convicción de que obrar dentro de los límites del derecho; al tiempo que la impunidad invita a la comisión de delito.

Dentro de la función de instrucción, el tipo penal indica la conducta social deseada en función de la relación social, protegida por el Estado, determinando el espacio social delimitado por el campo penal y puntualiza los comportamientos que están prohibidos u ordenados, para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, que a su vez implica la respuesta de solución a las situaciones de conflicto social que están en la base del derecho penal.

2.3.2 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Mario Jiménez Huerta identifica tres elementos:

- a) Elementos descriptivos.
- b) Elementos normativos.
- c) Elementos subjetivos.

La distinción tiene importancia con relación a la manera en que debe efectuarse la comprobación del elemento por parte del juez y la forma en que debe haber tenido conocimiento de cada clase de elementos el autor del delito.

Dada la naturaleza eminentemente descriptiva del tipo penal, se detalla en él la conducta antijurídica que recoge.

La descripción abstracta y objetiva de conducta antijurídica recogida en el tipo penal, contiene un verbo activo –matar, en el homicidio; apoderarse, en el robo, etc.– que reviste la trascendente importancia de encerrar la verdadera esencia o núcleo del tipo.¹⁸

Los elementos descriptivos (u objetivos) son perceptibles a través de los sentidos, como la conducta, el resultado, el objeto material, el bien jurídico protegido y las circunstancias de lugar, modo y ocasión. Son elementos puros de la tipicidad y de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a la pena.

Los elementos normativos incrustados en el tipo son una llamada de atención al juez penal; se le advierte que de una manera especial debe afirmar concretamente la antijuridicidad de la conducta, pues debido precisamente a esta valoración normativa, un hecho aparentalmente ilícito a hecho esencialmente ilícito; del mismo modo que en los tipos exentos de elementos normativos, un hecho aparentalmente ilícito puede pasar a la categoría de hecho esencialmente lícito¹⁹.

Los elementos normativos se encuentran contenidos en una descripción típica que pueden ser comprendidos sólo mediante un juicio de valor, o dan los elementos para formar ese juicio a través de un proceso de valoración socio cultural o de carácter estrictamente jurídico de alguna circunstancia. Son propios del tipo, pero no de la acción propiamente dicha, porque el autor del

¹⁸ JIMENEZ HUERTA MARIANO. Op. Cit. p. 78.

¹⁹ IBIDEM. p. 88.

hecho no las realiza. Son independientes de la conducta delictiva, y se clasifican en:

- Jurídico normativos. Se desprenden de la ley misma.
- Ético normativo. La ley no los contempla, por lo que quien los esta analizando, debe acudir a herramientas como la doctrina, diccionarios, precedentes.

Los elementos subjetivos (o intelectuales) quedan determinados por la conducta del autor y el estado intelectual con que el agente comete el delito.

La combinación de las acciones externas de los hombres con sus procesos psicológicos –dice certeramente Ricardo C. Núñez–, resulta a veces de verdadero interés para el legislador penal. Hechos que objetivamente no interesan al Derecho Penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia del autor.²⁰

Pueden distinguirse los siguientes casos:

- a) En el que el tipo requiere un determinado propósito o fin en la acción. El autor se propone lograr un fin o un resultado que puede estar fuera del tipo, es decir que para configurar un delito es indiferente que se logre concretarlo o no. Lo típico es la finalidad que acompaña al dolo (el rapto se configura si hay fines deshonestos).
- b) En el que el fin perseguido tiende a ser alcanzado por la acción típica misma y no existe en el autor intención de cumplir una actividad posterior (matar a una persona para que no sea testigo).

²⁰ IBIDEM. p. 90.

- c) La acción va acompañada de un ánimo determinado. Una misma acción, según su propósito, puede ser delito o no (tacto médico con fines científicos o con fines lascivos).
- d) Se considera la situación personal objetiva del autor, que facilita la comisión del delito (el empleado de correos que viola la correspondencia).

Los elementos subjetivos los podemos encontrar:

- a) Tipos que expresamente contienen en su texto elementos subjetivos. El elemento subjetivo radica en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas.
- b) Otras veces, el elemento subjetivo radica en un determinado deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta.
- c) Tipos delictivos en los que, si bien no se menciona expresamente la existencia de un elemento subjetivo, su interpretación descubre que un elemento de esta especie se encuentra en estos ínsito.

Los elementos subjetivos se clasifican en:

- Intencionales, que son aquellos que se equiparan al dolo específico. En el tipo se pide conciencia e intención.
- Supra intencionales. Requieren más que la intención como lo son la acechanza, la premeditación, etc., e indican mayor temibilidad, propios de tipos agravados, por lo que su inclusión en el tipo resulta ineludible.
- Infra intencionales. Se exigen elementos intelectuales que no lleguen a conformar una intención, como sería la expresión “a sabiendas”.

Los elementos subjetivos se representan básicamente por el dolo y la culpa indicando un contenido subjetivo a la vez con componentes normativos. El dolo es la consecuencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito, mientras que la culpa se constituye por la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo, sus formas son:

1. Negligencia. Descuido en el actuar. Omisión consciente, descuido por impericia o dejar de cumplir un acto que el deber funcional exige.
2. Imprudencia. Negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos.
3. Impericia. Falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.
4. Inobservancia. Consiste que al desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omite cumplir los deberes impuestos por los reglamentos u ordenanzas.

2.3.3 CONTENIDO DE LA TIPICIDAD

Si la “ratio essendi” del tipo delictivo es la de evitar, con la amenaza de la pena, que *el hombre realice conductas externas lesivas de bienes jurídicos ajenos*, resulta obvio que la existencia de un *sujeto activo primario*, de una *conducta externa* y de un *bien jurídico tutelado*, son los requisitos más elementales y comunes de las figuras típicas.²¹ Entendiéndose por *ratio essendi*, la razón de existencia.

El *sujeto activo* es quien realiza la conducta criminal o típica y afecta con su acción los bienes de un sujeto pasivo.

²¹ IBIDEM. p. 95.

El *sujeto pasivo* del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El *ofendido* es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares de occiso.²²

El *objeto del delito* se divide en:

- Objeto o bien jurídico tutelado, que hace referencia a los bienes (materiales como inmateriales) y a los intereses o valores de la vida humana, que se encuentran bajo la protección del Derecho.
- Objeto material, que es la persona o cosa sobre la que recae directamente la conducta típica.

2.3.4 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

Dado que existe un sinnúmero de clasificaciones en torno al tipo, se enlistarán las más comunes: por su composición, por su ordenación metodológica, en función de su autonomía o independencia, por su formulación y por el daño que causan.

a) Por su composición: normales y anormales.

- Normales. Contiene elementos puramente objetivos, como en el caso del homicidio: *privar de la vida a alguien*.

²² CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 151.

- Anormales. Además de factores objetivos, incluye la descripción típica de elementos normativos o subjetivos, que requieren ser valoradas cultural o jurídicamente. Por ejemplo: *cosa ajena mueble*, en el delito de robo.

b) Por su ordenación metodológica.

- Fundamentales o básicos. Integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código Penal, debido a que los agrupa según la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado: “delitos en contra del honor”, “delitos contra el patrimonio”, etc. Y éstos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos: el del homicidio es básico dentro del cuadro de los delitos contra la vida.
- Especiales. Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, excluyendo la aplicación del básico y obliga a integrar los hechos bajo el tipo especial (homicidio en razón de parentesco).
- Complementados. Se diferencian de los especiales en que los complementarios presuponen la existencia del tipo básico al que se le agrega la norma en la que se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado).

Tanto los especiales como los complementarios pueden ser agravados o privilegiados. Ejemplos: homicidio en razón de parentesco (especial agravado), el extinto delito de infanticidio (especial privilegiado), homicidio calificado (complementado agravado), homicidio en riña o duelo (complementado privilegiado).

c) En función de su autonomía o independencia.

- Autónomos o independientes. No requiere de otro tipo para poder existir, como el robo simple.

- Subordinados. Dependen de un tipo autónomo al cual complementan al tiempo que se subordinan: homicidio en riña.

d) Por su formulación.

- Casuísticos. El legislador describe varias formas de ejecutar el ilícito y pueden ser: *alternativamente formados* cuando el tipo se integra con solo una de esas hipótesis comisivas, como el adulterio, que precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo; o pueden ser *acumulativamente formados*, que requiere la conjunción de todas las hipótesis, como la usurpación de funciones, que requiere tanto atribuirse el carácter de funcionario público, sin serlo, como ejercer alguna de esas funciones.
- Amplios. Describen una hipótesis única, como el robo, que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

e) Por el daño que causan.

- De daño o de lesión. Cuando el tipo tutela los bienes contra su disminución o destrucción de bien, como en el homicidio o en el fraude.
- De peligro. Cuando la tutela penal protege a los bienes contra la posibilidad de ser dañados, como es el caso de la omisión de auxilio.

2.3.5 AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador no describe una conducta que según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. Es decir, el tipo no existe.

Por otro lado, la ausencia de tipicidad surge cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, que es el elemento negativo del delito llamado: atipicidad. A diferencia de la ausencia de tipo, el delito sí existe pero no se amolda a él la conducta dada.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo²³.

En el Código Penal para el Distrito Federal, se expresa de manera clara la existencia de la ausencia de tipicidad en la fracción II del artículo 29: “El delito se excluye cuando: II. Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate”.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos. El legislador, al describir el comportamiento se refiere a una determinada calidad en el sujeto activo, en el pasivo o ambos y esta no se cumple. Por ejemplo en el peculado, en el que el sujeto activo debe ser el encargado de un servicio público.
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico. Se presenta el primero cuando la institución o el interés por proteger no existe, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales; mientras que el segundo se da cuando no existe el objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretende privar de la vida a quien ya no la tiene.
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. El tipo describe el comportamiento bajo

²³ IBIDEM. p. 176.

condiciones de lugar o tiempo y si estas no operan, como cuando la ley exige la realización del hecho *en despoblado, con violencia, etc.*

- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley. Si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito, como en el delito de violación, que precisa la violencia física o moral.
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. Hay tipos donde se contienen elementos subjetivos del injusto. Estos constituyen referencias atípicas a la voluntad del agente o al fin que se persigue, pues, diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: *intencionalmente, a sabiendas, con el propósito, etc.*, como en el homicidio en razón de parentesco.
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial. Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuridicidad, como en delito de despojo, al señalar que el comportamiento se efectúe *sin consentimiento o contra la voluntad del sujeto pasivo*. Entonces el obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza causas de justificación, se convierten en atipicidades en estos casos.

2.4 ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, lo que la convierte en un concepto negativo. Consiste en la violación del valor o bien protegido al que se contrae el tipo penal respectivo.

Para Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y la norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.²⁴

La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo.²⁵

Se le atribuye a la antijuridicidad el carácter objetivo, ya que atiende sólo a la conducta externa, puesto que corresponde a la culpabilidad el comprender el proceso psicológico causal de algente.

Para calificar una conducta como antijurídica, preciso es comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita.²⁶ Por lo tanto, es necesario hacer un juicio de valor, estudiando la fase material de la conducta y confrontándola con la escala de valores del Estado, los que los legisladores convirtieron en bienes jurídicos tutelados y los protegieron por medio de la creación de normas que originaron los tipos penales. Esto implica la constatar que la conducta típica o anti normativa no está permitida por ninguna causa de justificación o precepto permisivo en ninguna parte del orden jurídico-penal.

El juicio por el que se declara que una conducta es antijurídica, compete formularlo al juez o magistrado al fallar el caso concreto que incrimina. La antijuridicidad o injusto es, en su generalizada abstracción, la entraña del delito. Pero es preciso subrayar que no se corporifica en un elemento material susceptible de percepción sensorial de igual naturaleza que la conducta; por el contrario, su existencia surge de un juicio de valoración de la conducta en

²⁴ IBIDEM. p. 178.

²⁵ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 345

²⁶ JIMENEZ HUERTA MARIANO. Op. Cit. p. 208.

relación con el orden jurídico-cultural, y, por consiguiente, en relación a los valores.²⁷

2.4.1 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

Además de la antijuridicidad *formal*, la constituida por la relación de oposición entre el hecho y la norma penal, se ha distinguido la llamada antijuridicidad *material*. Para Liszt es *formalmente* antijurídica la acción que infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición de orden jurídico y *materialmente* antijurídica, la acción que encierra una conducta socialmente dañosa (antisocial o asocial). Este aspecto material de la antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado.²⁸

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda la sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.²⁹

Por lo tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y la norma jurídica positiva, ya que la conducta es formalmente antijurídica, es decir, es contraria al ordenamiento jurídico. Implica un juicio de valor caracterizado por la adecuación legal de aquella acción u omisión dentro de la descripción típica del tipo penal.

Mientras que la antijuridicidad material, por su parte, se presenta cuando la conducta, habiendo transgredido el ordenamiento jurídico tiene, además, un

²⁷ IBIDEM. p. 209.

²⁸ CUELLO CALÓN EUGENIO. Op. Cit. p. 347.

²⁹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 181.

componente de lesividad social, es decir, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido. A su vez, ésta implica un juicio de valor con el objeto a determinar si en la ejecución de la conducta incide alguna causa de justificación penal.

2.4.2 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Puede ocurrir que la conducta típica esté aparentemente en oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.³⁰ En consecuencia se anula el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

No deben confundirse las causas de justificación con otras eximentes del delito, como son: la ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de inimputabilidad y las causas de inculpabilidad.

En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser justo, ajustado a derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una *causa de justificación* de su conducta. Como consecuencia de la licitud de ésta no será posible exigirle responsabilidad alguna, ni penal, ni siquiera civil, pues del que obra conforme a derecho no puede decirse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.³¹

Las acciones que se realizan amparadas por una causa de justificación se adecuan a las previsiones legales tanto del tipo que prevé el delito cometido al amparo de una causa justificante, como a los requisitos que prevén el fundamento de dichas causas.

³⁰ IBIDEM. p. 182.

³¹ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 354.

Las causas de justificación deben reunir las características siguientes: ser reales y que no sólo existan en la mente del autor; encontrarse en la ley de manera expresa, y no existir por encima de las legislaciones penales; y favorecen *erga omnes* (respecto de todos).

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29 incluye las causas de justificación: “El delito se excluye cuando:

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación

de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”

Son de naturaleza objetiva, ya que yacen en circunstancias ajenas al sujeto que comete el delito, de forma que, al faltar el elemento esencial de violación de la norma, se excluye el disvalor que resulta de la misma. Operan como excepción a la regla del mismo cuerpo de abstracciones legales que establecen los delitos, estableciendo las circunstancias en las cuales una acción será considerada legítima.

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad.³² Como lo podemos observar en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que la postre expresa: “Si en los casos de las fracciones IV, V y VI (legítima defensa) de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código”.

³² CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 189.

Las causas de justificación son:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de mayor valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.
- e) Consentimiento del titular de un bien jurídico afectado.

Se fundamentan en la supremacía del interés por el que se actúa (en el ejercicio de un derecho), que se protege (en estado de necesidad) o defiende (con la legítima defensa) o del deber que se cumple (en el cumplimiento de un deber).

2.4.2.1 LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.³³

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes: a) Una agresión injusta y actual; b) un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y c) Repulsa de dicha agresión.³⁴

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, fracción IV, párrafo primero expresa: "Se repela una agresión real, actual o inminente y sin

³³ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 355.

³⁴ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 194.

derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”.

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo. La *repulsa* es realizada por el presunto o probable responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa y es titular del bien puesto en peligro o por terceros, necesaria para evitar una lesión antijurídica posiblemente causada por una persona que lo ataca, siempre que la agresión sea real, sin derecho, actual e inminente, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que el contraataque al agresor no traspase la medida necesaria para la protección del bien amenazado. Sólo puede justificarse frente al agresor y no frente a un tercero ajeno al ataque injusto.

A su vez, la repulsa consta de dos elementos:

- a) La racionalidad en los medios empleados de esa defensa. El medio de defensa debe ser proporcional al posible daño causado por la agresión injusta.
- b) La necesidad de la defensa. La defensa sea necesaria y que la repulsa no se pueda evitar. La legítima defensa sólo está justificada cuando no hay ninguna autoridad del Estado que pueda resguardar el bien.

En la repulsa no debe existir exceso, es decir, ésta no debe traspasar los límites de la estricta necesidad, no debe mediar la provocación dolosa por parte del agredido y debe ser en el momento de la agresión. Si se realiza después se convierte en venganza.

La *agresión* es la conducta de un ser, que amenaza lesionar intereses jurídicamente pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se

defienden, ya sea defender la persona, el honor o sus bienes. Esta agresión debe ser real y actual.

Por real, se debe entender que la agresión está sucediendo, existe en el mundo físico y que no es hipotética ni imaginaria, y por actual o inminente, que está presente o muy próxima. Ésta, establece la vigencia temporal para la repulsa, facultando al legislador al particular para defenderse sin tener que esperar a que inicie la lesión del bien jurídico.

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que sea injusta, *sin derecho*; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado.³⁵

La agresión debe amenazar los *bienes jurídicos propios o ajenos*, lo que se refiere a los bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros. Por lo tanto, ni la defensa de los bienes de otro que no la acepte, ni la de los bienes colectivos que no afecten también los derechos del defensor, están amparadas por las causas de justificación.

2.4.2.2 ESTADO DE NECESIDAD

Es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.³⁶

El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos; es, por consiguiente, un caso de colisión de intereses (Liszt). En consecuencia, en el estado de necesidad está justificado, dentro de ciertos límites precisos, el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar los

³⁵ IBIDEM. p. 195.

³⁶ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 387.

propios de igual o de mayor valor. La justificación puede hablar de un derecho de necesidad.³⁷

Para Carrancá y Trujillo, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es la reacción contra el ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o contra-ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor.³⁸

Se contempla en el artículo 29, fracción V del Código Penal para el Distrito Federal: “El delito se excluye cuando: V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”

Debe existir *una situación de peligro real o inminente*. El peligro es la posibilidad de sufrir un daño, éste debe darse en la realidad y no debe ser ni hipotético ni imaginario, al igual que ser actual o inminente, es decir, que está presente o muy próximo. Sin embargo, mientras que en la legítima defensa se habla de una agresión consistente en una conducta humana, el peligro en el estado de necesidad es un acontecimiento de cualquier índole.

Es necesario que el estado de necesidad no sea causado dolosamente por el agente, ya que de ser así, no podría ser invocado.

El peligro debe recaer sobre bienes jurídicos propios o ajenos. De igual forma que en la legítima defensa, los bienes jurídicos, abarcan todos los intereses que la ley protege al individuo. Ya sean propios o ajenos. Y este daño debe causar una afectación a un bien jurídico para salvar otro, perdiendo el carácter de antijurídico.

³⁷ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p. 347.

³⁸ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 206.

No debe existir otro medio menos perjudicial para evitar el daño, más que el de lesionar el bien de menor jerarquía para salvar el de mayor valor. De lo contrario, no se considera estado de necesidad.

El bien lesionado debería ser un bien de menor jerarquía del que se salva, mientras que el agente que se encuentre inmerso en el estado de necesidad, volviendo al acto lícito. A esto se refiere el caso de colisión de intereses, puesto que el estado acepta que cuando dos bienes jurídicos están en pugna, debe prevalecer entre nosotros el de mayor valor.

2.4.2.3 EJERCICIO DE UN DERECHO Y CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

La ejecución de actos ordenados o permitidos por la ley, se considera unánimemente como causa justificante. El que ejecuta lo que la ley ordena o permite no realiza ningún acto antijurídico, su conducta es completamente lícita y no puede serle imputado delito alguno.³⁹

Cuando se trata del cumplimiento de un deber legal, los tratadistas distinguen dos distintos casos, en orden a los sujetos: 1, los actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo público, que pesa sobre el sujeto, v. g. el agente policial que catea un domicilio obedeciendo la orden recibida; y 2, los ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos: v. g. la aprehensión de un delincuente *in fraganti*. En uno y otro caso las acciones son lícitas, carecen en absoluto de antijuridicidad.⁴⁰

Lo expresa el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 29, fracción VI: “El delito se excluye cuando: VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.”

³⁹ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 734.

⁴⁰ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p. 364.

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico- quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.⁴¹

En ejercicio de un derecho, no existe la antijuridicidad, dado que se ejecuta la ley por cuanto se ejercita una facultad que se deriva de ésta, mientras que las vías de hecho no traspasen la facultad de defender el derecho negado y no haya exceso en la ejecución de la ley. El cumplimiento de un deber, trata igualmente un caso de ejecución de la ley que puede consistir en actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal resultante del empleo, autoridad o cargo público que ejerce el sujeto.

2.4.2.4 CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO

El Código Penal para el Distrito Federal, lo recoge en forma expresa en su artículo 29, fracción III: “El delito se excluye cuando: III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible.
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien.
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse

⁴¹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 212.

consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento”.

El consentimiento del ofendido tiene eficacia en aquellos delitos cuyo tipo legal requiere como elemento integrante que el hecho se realice contra o sin la voluntad del objeto pasivo, no hay hurto cuando se toma la cosa ajena con la voluntad de su dueño, no hay violación ni abuso deshonesto cuando la mujer mayor de edad consciente la cohabitación o tolera el acto impúdico, ni allanamiento de morada cuando se entra en la morada ajena y se permanece en la misma con asentimiento de su dueño. En todos estos casos el delito no llega a nacer, no hay delito por falta de uno de los elementos que lo integran.⁴²

Para que opere esta eximente, es necesario que el titular del bien jurídico lesionado posea voluntad consciente y libre. Este consentimiento debe manifestarse expresamente y sólo en forma tácita de manera excepcional, con anterioridad o al tiempo en el que se ejecuta la acción. Es válido, únicamente, el consentimiento que se hace sobre bienes jurídicos de los que puede disponer el titular que lo otorga.

⁴² CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 399.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

Como ya se mencionaba en el capítulo anterior, podemos identificar al delito por medio de una fórmula definida por sus atributos esenciales como sigue:

El delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

En este capítulo corresponde el estudio de los elementos subjetivos del delito, que son: la imputabilidad y la culpabilidad. A la par que su aspecto negativo.

3.2 LA IMPUTABILIDAD

Para que una conducta pueda ser considerada como delito, es necesario que además de ser antijurídica y típica sea culpable, y a su vez, únicamente puede ser culpable el sujeto imputable.

La imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, es su supuesto previo, sin aquélla no se concibe ésta. Se refiere a un modo de ser del

agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. No exige condiciones de fina y delicada espiritualidad, sino conciencia y voluntad en el grado necesario para que el agente pueda responder de los propios actos. Es la capacidad de conocer y de querer. Es la capacidad de culpabilidad.¹

Es la capacidad de querer y entender, en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.² Sin embargo, las facultades intelectivas y volitivas humanas están condicionadas por otra serie de factores de la conciencia e inconsciencia que intervienen en la comisión del delito y que también deben ser relevantes en la determinación de la capacidad de la culpabilidad.

La imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad, por lo que sólo el sujeto que es imputable puede ser responsable. Para esto se requieren dos condiciones: la edad biológica y la salud mental.

La imputabilidad conforme al código Penal, interpretado a contrario sensu, contiene un “elemento intelectual o de conocimiento”; la “capacidad de comprensión de lo injusto”, que consiste en el carácter ilícito del hecho, y un “elemento voluntad”: conducirse de acuerdo con esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos de “capacidad” y de “determinación de la voluntad”, originan la imputabilidad.³

¹ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 405.

² LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 180.

³ IBIDEM. p. 186.

3.2.1 EL IMPUTABLE

Será, pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana.⁴

Es quien lleva a cabo conducta típicamente antijurídica teniendo libre albedrío y la capacidad de elegir y de obrar, respecto de respetar la ley o violarla; es necesario analizar su posibilidad de comprenderla para poder llevar a cabo un juicio de reproche sobre él.

El mínimo de salud mental y desarrollo físico exigidos son:

- a) La capacidad de entender y querer, careciendo de alguna anomalía psicológica que pudiese limitarla.
- b) La edad mínima del sujeto, en la que se alcanza determinado desarrollo físico y se considera que logra un nivel psíquico suficiente para podersele considerar imputable.

En el sistema normativo mexicano se considera que las personas mayores de dieciocho años poseen el desarrollo mental requerido por la imputabilidad. Sin embargo, en caso de que un menor de edad cometa un hecho delictivo, será responsable según lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor.

⁴ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p.200.

3.2.2 LA RESPONSABILIDAD

La imputabilidad y culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad penal: declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta. En otras palabras: juicio valorativo de reproche.⁵

Es responsable el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe responder del hecho realizado, así la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas. Por tanto, mientras la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad.⁶

El estado imputable es previo a la comisión del delito, mientras que la responsabilidad se origina de manera posterior a su consumación; como relación entre el sujeto y el Estado, en virtud de la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias establecidas por la Ley a su conducta.

3.2.3 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA

Se llaman *acciones liberae in causa* las que en su causa son libres, aunque determinadas en sus efectos. Se producen cuando la acción se decidió en estado de imputabilidad, pero el resultado se produjo en estado de inimputabilidad.⁷

Se prevé en el artículo 29, fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, en el precepto relativo a las excluyentes del delito: “a no ser que el sujeto

⁵ IBIDEM. p. 227.

⁶ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 406.

⁷ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p. 233.

hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación”.

Cuando un sujeto se pone conscientemente en estado de inimputabilidad de manera dolosa o culposa, y en este estado comete un acto o una omisión que produce un resultado antijurídico, el sujeto es responsable de ese resultado, pues era imputable en el momento decisivo, que no se encuentra en la ejecución sino en el impulso dado para desencadenar la causa determinante del delito.

Según nuestra Suprema Corte de Justicia, aún cuando se pruebe que al momento de realizar la conducta, el sujeto se hallaba en un estado de inconsciencia voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad:

“Dentro de la hipótesis de las acciones libres en su causa se han colocado, entre otras, aquellas en que el sujeto ‘quiere el estado de inimputabilidad, sin prever el resultado previsible’, hipótesis en la cual se es responsable a título de culpa, pero hay que aclarar que para que opere dicha responsabilidad culposa, el sujeto debe estar precisamente privado de la capacidad de entender y de querer, es decir, debe probarse que ha actuado bajo un estado de inimputabilidad. Y si la embriaguez del reo no era accidental, sino voluntaria o, en última instancia, culposa, de acuerdo con lo antes expuesto, ese estado de embriaguez haría imputable al sujeto, a título de imprudencia o culpa, si la misma fuera completa, es decir que hubiera estado ‘incapacitado para entender y querer’ la conducta y su resultado” (Amparo directo 411/57, Manuel Valdés López).

3.2.4 LA INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, es la incapacidad de querer y entender en el ámbito del derecho. Ante ésta no existe culpabilidad, y sin culpabilidad no puede existir delito.

Falta el desarrollo o la salud mental, o cuando se presentan trastornos transitorios en las facultades mentales, el sujeto no es capaz de conocer el deber jurídico, ni de querer las consecuencias de su violación, por lo tanto es inimputable por:

- a) Minoría de edad. Se considera que no se ha desarrollado mentalmente.
- b) Enajenación. Ya sea por una enfermedad mental o por el estado de inconsciencia, el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.
- c) Estados de inconsciencia. Por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes; por toxicoinfecciones o por trastornos mentales.

El inimputable no es capaz de actuar culpablemente debido a fallas de carácter sicosomático (tanto al componente o mental de la personalidad como al orgánico) o sociocultural que le impiden valorar adecuadamente la juridicidad o antijuridicidad de sus acciones y moderar sus acciones y su conducta conforme tal valoración.

3.2.5 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Son los casos en que el sujeto que ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, no resulta imputable ya que no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley.

Se prevé en el artículo 29, fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, en el precepto relativo a las excluyentes del delito: "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter

ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”.

Se valora desde las siguientes perspectivas:

- d) La evaluación objetiva. Tiene que ver con la edad del sujeto, puesto que si es menor de edad, se considera que no se ha desarrollado mentalmente.
- a) La sanidad mental. Son inimputables quienes padecen un trastorno mental transitorio, como los que se encuentran bajo los efectos de sustancias embriagantes, tóxicas o enervantes de manera accidental o involuntaria (se le considera inimputable debido a que el ingerir dichas sustancias sucede sin voluntad propia); o los que padecen las enfermedades mentales, como los esquizofrénicos, los paranoicos y los delirantes epilépticos.
- b) La maduración psicobiológica. Se refiere a los elementos tanto metales como físicos de la persona; de tal forma que si tiene desarrollo mental retardado, es inimputable.

3.3 LA CULPABILIDAD

Otro elemento subjetivo del delito es la culpabilidad, es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

Al llegar a la culpabilidad –dice Jiménez de Asúa–, es donde el interprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. Para el mismo maestro, en el más amplio sentido puede definirse la

culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁸

La culpabilidad es el resultado de un juicio de valor que da origen al reproche al autor de la acción delictiva, por la relación psicológica entre él y su resultado, siempre que en la misma fuere posible exigírsele proceder conforme a las normas. Y es también, el límite de la propia pena, y con ello una garantía a favor del individuo: ninguna pena podrá exceder del límite de la propia culpabilidad.

Consiste en el desprecio del sujeto por el ordenamiento jurídico y por sus mandatos y prohibiciones, que se puede observar de dos formas:

- a) Como franca oposición. En los delitos dolosos, existiendo una relación directa entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.
- b) Siendo caracterizado por la desatención nacida por el desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos. Respecto de los delitos culposos o no intencionales, en los que no se quiere el resultado.

3.3.1 DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD

Existen dos principales doctrinas que explican la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el *psicologismo* y el *normativismo*.

A. Teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.

⁸ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. p. 233.

Para esta teoría, la culpabilidad es el nexo psicológico entre el proceso y el resultado con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en la relación al resultado objetivamente delictuoso. La esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor:

- a) El elemento volitivo o emocional. Implica la suma de dos querer: de la conducta y del resultado
- b) El elemento intelectual. Es el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Para poder existir la culpabilidad, es necesario que previamente existan los elementos: conducta, tipicidad y antijuricidad para poder analizar la culpabilidad del sujeto imputable.

B. Teoría normativa o normativista de la culpabilidad.

Su contenido es un juicio de reprobación del acto respecto de su autor, que se funda en la exigibilidad de la conducta ordenada por la ley. Para el normativismo la culpabilidad consiste en un juicio valorativo.

El juicio de reproche surge del análisis de dos términos:

- a) La manera de solucionar un asunto, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado.
- b) Un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a derecho.

La culpabilidad es la reprochabilidad del injusto típico; refiriéndonos a la reprochabilidad como la cualidad de la acción antijurídica en virtud de la cual le es

posible al Estado hacer un reproche personal al autor por no haberla omitido. Este juicio está justificado tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. Al agente se le reprocha el haber obrado de un modo distinto de aquel a que estaba obligado, obligación que surge de la existencia de una norma de conducta.

Tanto en la teoría psicologista como en la teoría normativa, se coincide que en el delito no sólo el acto debe ser contrario a Derecho y a los valores que las normas tutelan, sino que se encuentre el autor también en pugna con el orden jurídico. Se basa en que el sujeto puede elegir la conducta que realiza y por eso puede considerársele culpable con respecto a ella.

3.3.2 FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: una más grave, el dolo (intención), y otra de menor gravedad, la culpa (negligencia); una y otra tienen por fundamento la voluntad del agente. Sin intención o sin negligencia, sin dolo o sin culpa, no hay culpabilidad y por tanto hecho.⁹

Al respecto, el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal enuncia lo siguiente: “Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.

3.3.2.1 EL DOLO

Es la voluntad tendiente a la ejecución de un hecho delictuoso y a la producción de un resultado antijurídico. El agente no sólo prevé el delito como consecuencia cierta o posible de su conducta, sino que quiere el resultado.

⁹ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 419.

Se prevé en el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”.

Tiene dos elementos:

- a) Ético. Es el conocimiento y la previsión de un resultado que se sabe injusto, así como la contemplación de las consecuencias objetivas de la acción. Se está consciente de que se quebranta el deber.
- b) Volitivo o emocional. Es la voluntad viciada de causar el resultado; la volición del hecho típico.

3.3.2.2 ESPECIES DE DOLO

A. Dolo directo o determinado.

El resultado coincide con el que se propuso el sujeto activo. El resultado corresponde a lo previsto y querido por el sujeto, quien actúa con el propósito de producirlo.

B. Dolo indirecto.

Cuando el agente se propone el fin delictivo, sabe que con certeza causará otros, aunque no los persiga directamente; pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. Interviene una intención indirecta. El resultado corresponde a lo previsto, pero no es querido, aunque el sujeto no retrocede ante la posibilidad de que ocurra.

C. Dolo indeterminado.

Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial

D. Dolo eventual.

Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente y actuando para que se verifiquen, sin siquiera intentar impedir que se realicen. No hay voluntariedad del resultado delictuoso, ya que no se quiere el resultado, sólo se prevén posibles resultados antijurídicos colaterales al fin propuesto, aceptándolos en caso de que se produzcan.

De ahí que del dolo eventual se desprenden los siguientes elementos:

- a) La representación del probable resultado.
- b) La aceptación del mismo.

3.3.3 LA CULPA

Es la segunda forma de la culpabilidad.

Se define la culpa como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); o como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger). La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.¹⁰

¹⁰ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p. 251.

Existe culpa cuando obrando sin intención y sin diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y evitable, penado por la ley.

Es la causación de un resultado antijurídico previsto o previsible, no querido ni aceptado por el agente; por un actuar u omitir voluntarios con negligencia, imprudencia, impericia o falta de cuidado.

Se prevé en el artículo 18 del Código Penal Federal: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

3.3.3.1 ELEMENTOS DE LA CULPA

Para la existencia de la culpa es preciso:

1. La conducta humana voluntaria (acción u omisión) no intencional.
2. La carencia de cuidado, cautela o precaución exigidos por el Estado.
3. El resultado del acto. Este debe ser previsible, evitable y tipificado penalmente.
4. El nexo o relación de causalidad entre el hacer o no hacer y el resultado no querido.

3.3.3.2 CLASES DE CULPA

A. Culpa consciente o con previsión del resultado.

Existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán.¹¹ En la mente del sujeto activo existe la previsión de un posible resultado tipificado penalmente y no solamente no lo quiere, sino que desarrolla la conducta, abrigando la esperanza de que no ocurra.

Como en el dolo eventual, hay voluntad de efectuar la conducta y existe representación del resultado típico, pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante ese probable resultado, en la culpa consciente se espera que no se producirá.¹²

B. Culpa inconsciente, sin previsión o sin representación.

Se da en resultados previsibles y evitables, cuando el sujeto no prevé las posibles consecuencias de su conducta por falta de cuidado o precaución.

La culpa inconsciente es representación y falta de voluntad, el agente obra porque a consecuencia del insuficiente esfuerzo de su inteligencia y de su voluntad no ha previsto el resultado.¹³ Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado penalmente tipificado por la falta de diligencia, a pesar de su naturaleza previsible y evitable.

Según la mayor o menor facilidad de prever, se le clasifica en:

- a) Lata. Cuando el evento dañoso pudiera preverse por todos los hombres.
- b) Leve. Cuando su previsión sólo fuere posible por hombres diligentes.

¹¹ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 448.

¹² CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. p. 251.

¹³ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 449.

- c) Levísima. Cuando el resultado hubiera podido preverse sólo mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común.

3.3.4 LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad.

Al estar fundada la culpabilidad en la posibilidad de hacer un reproche al autor de una acción antijurídica y típica, siendo imputable, se origina la inculpabilidad cuando dicha acción está irregularmente motivada, porque el sujeto estaba en el invencible error de actuar conforme a Derecho, o por hallarse en una especial situación de necesidad o por la presencia de algún otro motivo suficiente para poder exigírsele una acción conforme al ordenamiento jurídico; por faltar en el agente el conocimiento o la voluntad que serían el motivo del juicio en que consiste la culpabilidad, faltará este elemento y no será por lo tanto, inculparable.

Las causas de inculpabilidad, también denominadas causas de exculpación son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se considera importante diferenciar a éstas, con las causas de inimputabilidad, señalando que en estas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculparable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.¹⁴

Las causas de inculpabilidad son:

A. EL ERROR

¹⁴ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 237.

El error es la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado e incorrecto. Se diferencia de la ignorancia ya que ésta es la carencia de conocimiento, mientras que el error es una idea falsa o equivocada respecto de un objeto, cosa o situación.

Para que opere como eximente de incriminación, excluyendo el dolo, este debe ser esencial e inculpable; ya que de ser culpable, subsiste la culpa.

Si el error versa sobre el resultado corresponde a un *error facti* (error de hecho), y si lo hace sobre su representación o significación según la norma es un *error iuris* (error de derecho).

- a) Error de hecho o de tipo. El error de hecho ocurre cuando la falsa apreciación impide que el agente se represente mentalmente la realidad objetiva de la acción punible (apoderarse de una cosa que se cree propia pero en realidad es ajena, sería un error de hecho en virtud del cual no puede sancionarse como delito de robo). El error de tipo, amplía su ámbito respecto del error de hecho, pues comprende la equivocada creencia de que no se presenta un elemento del hecho (errores sobre los elementos normativos del tipo; cuando el autor supone que actúa justificadamente, como en el caso de obediencia jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato).

Se divide en error esencial y en error accidental.

- Error esencial de hecho. Recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta el factor intelectual del dolo, por ser tal

elemento requisito constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada (como ocurre en las eximentes putativas).¹⁵

El error es esencial cuando: recae sobre uno de los elementos sin cuya concurrencia no habría tipicidad (p. e. apoderarse de un animal ajeno creyendo que es propio; pero no sería esencial el error en quien se apoderara de un animal ajeno creyendo que pertenece a Ticio, cuando en realidad pertenece a Aulio). También es esencial el error que recae sobre alguno de los elementos integrantes del núcleo de una excluyente de responsabilidad (p. e. en legítima defensa putativa, dando muerte a Ticio por creerse víctima de una agresión injusta, actual, violenta y peligrosa, en una habitación oscura, a altas horas de la noche, al descubrir a Ticio inesperadamente, poniéndose en pie y con un objeto imprecisable en la mano; siendo la verdad que Ticio, en estado de ebriedad se introdujo en la habitación que encontró con la puerta abierta). Es también esencial el error cuando recae sobre una circunstancia calificativa que constituye elemento integrante del tipo delictivo (p. e. ignorar que la persona a la que se da muerte es el padre, caso en el que no se configura el parricidio). En los casos citados el error es también decisivo, porque recae sobre elementos esenciales del tipo.¹⁶ Se divide en:

Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pesar del error.

Error esencial invencible. Este existe cuando no hay culpabilidad, originando así una causa de inculpabilidad.

¹⁵ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. p. 265.

¹⁶ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p. 246.

El Código Penal para el Distrito Federal lo prevé en la fracción VIII del artículo 29: “El delito se excluye cuando: VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate”.

- Error accidental. Recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho. Como en el caso del *aberratio ictus*, donde el resultado producido no es el mismo que se produciría pero sí lo es su significación jurídica: el disparo dirigido por A contra B mata a C; ni en *el error in objeto o in persona*, en que el error sólo recae en el objeto material del delito: A creyendo matar a B mata a C.

En ambos casos el error no aprovecha al reo, pues se trata de un error accidental, no de un error esencial (como cuando en vez de un animal se mata a un hombre); mientras que lo esencial es la persona humana, el hecho de que esta persona sea Pedro o Juan, es puramente accidental. Tal clase de error no influye sobre la imputabilidad y el hecho no pierde su carácter de homicidio voluntario.¹⁷

- b) Error de derecho o de prohibición. Consiste en la ignorancia de la antijuridicidad de la conducta que se ejecuta, ya sea por desconocimiento de la ley penal o por un conocimiento imperfecto que lo lleva al error. Ahora se la limita con el error de prohibición, que sólo prevé la creencia de que el hecho no está prohibido porque el autor no conoce o conoce mal la ley.

En este error no existe inculpabilidad, puesto que el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento.

¹⁷ CUELLO CALON EUGENIO. Op. Cit. p. 435.

B. LAS EXIMENTES PUTATIVAS

Ya en otra parte se demostró que pueden admitirse eximentes supra-legales (excepto las excluyentes de antijuridicidad); en consecuencia, existen sin duda causas de inculpabilidad aun cuando no estén expresamente reglamentadas en la ley, si se desprenden dogmáticamente; esto es si resulta dable extraerlas del Ordenamiento positivo.¹⁸

En este caso, se encuentran reguladas en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que expresa: “El delito se excluye cuando: VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de: b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.”.

Las eximentes putativas son una clase específica de error en la que el sujeto activo piensa que actúa de modo legítimo, consciente de que su obrar producirá un resultado antijurídico y típico, pero creyendo fundadamente que por las circunstancias en que lo realiza lo ampara una justificante (como cuando el agente comete un homicidio creyendo equivocadamente que fue ilegítimamente agredido, y por lo tanto está convencido de actuar en legítima defensa).

Estas son:

- a) La obediencia jerárquica. Se presenta cuando en la esfera de sus atribuciones y en la forma legal, un superior ordena la ejecución de una acción que implica una antijuridicidad, el inferior que la realiza en obediencia del mandato, está exculpado, siempre que la jerarquía esté

¹⁸ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. p. 267.

impuesta por la ley. Es requisito además para que entre en función esta exigente, que el sujeto no conocía la naturaleza delictuosa del mandato.

Si el inferior carece de poder de inspección y legalmente tiene el deber de obedecer, se constituye una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta. Esta justificación se equipara a la de cumplimiento de un deber y no hay delito por estar ausente la antijuridicidad.

Se constituye delito cuando el subordinado tiene poder de inspección sobre la orden superior y, conociendo la ilicitud de ésta, la ejecuta aún pudiendo rehusarse. Sin embargo, si la ejecuta bajo amenaza de sufrir graves consecuencias; se integra una inculpabilidad dada la coacción sobre el elemento volitivo ó una no exigibilidad de otra conducta.

- b) El estado de necesidad. El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión típicas para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo (Garraud).¹⁹

No puede incriminarse por ausencia de culpabilidad, siempre que los bienes jurídicos que colisionan sean de igual o mayor jerarquía.

Se diferencia de la legítima defensa en que el estado de necesidad constituye una acción o un ataque, mientras que la legítima defensa se constituye en una reacción contra el ataque.

- c) La legítima defensa putativa. Se le llama técnicamente legítima, puesto que quien la ejecuta supone una permisión legal de defenderse ante una

¹⁹ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Op. Cit. p. 347.

injusta agresión; aunque en realidad la agresión no exista. Es imputable cuando existe el conocimiento de quien quebranta el deber, de faltar, el dolo es inexistente; por lo que el agente actúa motivado por un error esencial de hecho insuperable e invencible.

- d) La no exigibilidad de otra conducta. Se da cuando la realización de un hecho penalmente tipificado, corresponde a una situación especialísima que hace excusable ese comportamiento. Es una eximente de origen supra-legal que se origina del análisis de hechos en que las circunstancias particulares en que se comete una acción delictiva, en virtud de la cual no se permite exigir al agente de la misma el comportarse de manera distinta a la efectuada por hallarse suficientemente determinado externa o internamente.

Como lo expresa la fracción IX del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal: “El delito se excluye cuando: IX.- En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho”.

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD

4.1 NOCIÓN DE PUNIBILIDAD

La punibilidad caracteriza a la acción delictiva y constituye un elemento del delito que consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta determinada; dichas penas podemos encontrarlas en nuestro Código Penal.

Un comportamiento es punible cuando por su naturaleza amerita ser penado, por lo que lleva en sí mismo la advertencia legal de aplicación de esa sanción.

Igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, *a posteriori*, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.¹

¹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p.275.

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es 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.

Bettioli define a la punibilidad como el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito.

El término punibilidad se utiliza para referirse a:

- a) El merecimiento de penas.
- b) La amenaza por parte del estado de imponer sanciones en caso de cumplirse los presupuestos legales.
- c) La aplicación efectiva de las penas señaladas en la ley.

4.2 LA PENA

Proviene del latín "*poena*", que significa castigo o suplicio.

La pena es el castigo fundamentado en la ley que el Estado impone al sujeto responsable de la conducta tipificada como delito, para conservar el orden jurídico o restaurarlo en caso de que haya sido vulnerado.

Para Cuello Calón, la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

La sanción jurídica es el mal con que amenaza o el bien que propone el ordenamiento jurídico, en el caso de la ejecución o de la violación de una norma (Maggiore). Sin embargo, cuando las ideas humanísticas influyen en la

impartición de justicia, la pena más que proteger a la sociedad por medio del castigo al infractor, intenta readaptar al sujeto, reflejándose en ella un tratamiento.

Por medio de la pena se expresa la reprobación social tanto al delito como a su autor.

La pena debe cumplir con los siguientes caracteres:

- a) Aflictiva. Implica un sufrimiento para el condenado, proveniente de la restricción de los bienes jurídicos de su pertenencia.
- b) Jurídica. Debe ser impuesta por los tribunales de justicia del Estado como consecuencia de un juicio penal para la conservación o restauración del orden jurídico. Las sanciones que el Estado impone con otros fines no son propiamente penas criminales.
- c) Personal. La pena debe recaer directamente sobre el penado, ya que nadie debe ser castigado por el delito de otro.
- d) Legal. Debe estar previamente establecida en la ley y dentro de los límites fijados por ella para un hecho que prevea como delito. Lo que se traduce en el principio de legalidad "*nulla poena sine lege*".
- e) Proporcional. La pena impuesta debe ser proporcional al delito.
- f) Igualitaria. Las penas deben aplicarse por igual sin importar las características de la persona.
- g) Correctiva. La pena debe estar encausada a la corrección de la conducta del delincuente para evitar su reincidencia.

- h) Intimidatoria. Su aplicación debe infundir temor en el sujeto para evitar que se convierta en delincuente.
- i) Ejemplar. La pena debe servir de ejemplo tanto a nivel individual como general y hacer énfasis en la necesidad de acatar las leyes bajo advertencia de la efectividad de la amenaza estatal.
- j) Retributiva. Por medio del cumplimiento de la pena, el sentenciado subsana el mal que ha causado a la sociedad.

4.2.1 FINALIDAD DE LA PENA

Podemos observar que la pena tiene los siguientes fines:

- Intimidar. Influye en el delincuente de manera que por medio del sufrimiento impuesto, lo aparte del delito y así reformarlo para readaptarlo a la vida social.
- Corregir. La pena debe encausarse a la corrección del sujeto, para evitar que reincida, al igual que buscar su readaptación a la vida en sociedad.
- Proteger. La pena vela por la salvaguarda de la sociedad y por mantener el orden social jurídico.

Por lo tanto, la pena busca evitar que el reo que nuevamente dañe a sus conciudadanos y también poner el ejemplo para que otros más no cometan delitos.

4.2.2 LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Reina la confusión sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad. La distinción entre ambas radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y retribución, las medidas de seguridad, en cambio, intentan de modo fundamental, sin carácter aflictivo, la evitación de nuevos delitos.

Villalobos, señala que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aun cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbramiento nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia sociales; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica.²

De acuerdo a la doctrina, deben considerarse como penas: la prisión y la multa; a la vez que los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, como medidas de seguridad.

Con relación a las penas, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 30 señala las siguientes:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad de imputables.
3. Semilibertad.
4. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad.

² IBIDEM. p.325.

5. Sanciones pecuniarias.
6. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito.
7. Suspensión o privación de derechos.
8. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

Con relación a las medidas de seguridad, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 31 señala las siguientes:

1. Supervisión de la autoridad;
2. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;
3. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y
4. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación

Prisión.

La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de setenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos o lugares donde disponga la autoridad ejecutora de las sanciones penales en el Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años (artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal).

Tratamiento en libertad de imputables.

El tratamiento en libertad de imputables, consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora.

Esta pena podrá imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la prisión, sin que su duración pueda exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

El tratamiento en libertad de imputables podrá imponerse conjuntamente con las medidas de seguridad tendientes a la deshabitualización del sentenciado, cuando así se requiera.

En todo caso pena y medida deberán garantizar la dignidad y la libertad de conciencia del sentenciado (artículo 34 del Código Penal para el Distrito Federal).

Semilibertad.

La semilibertad implica alternación de períodos de libertad, y privación de la libertad. Se impondrá y cumplirá, según las circunstancias del caso, del siguiente modo:

1. Externación durante la semana de trabajo, con reclusión de fin de semana.

2. Salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta.

3. Salida diurna con reclusión nocturna.

4. Salida nocturna con reclusión diurna.

La semilibertad podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la prisión. En este último caso, la duración no podrá exceder de la que corresponda a la pena de prisión sustituida.

En todo caso, la semilibertad se cumplirá bajo el cuidado de la autoridad competente (artículo 35 del Código Penal para el Distrito Federal).

Trabajo a favor de la víctima o a favor de la comunidad.

El trabajo en beneficio de la víctima del delito consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley respectiva regule.

En ambos casos se cumplirá bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

El trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de

su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado.

Podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad (artículo 36 del Código Penal para el Distrito Federal).

Sanción pecuniaria.

La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica (artículo 37 del Código Penal para el Distrito Federal).

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada por días multa. Los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular, los que no podrán ser menores a un día ni exceder de cinco mil, salvo los casos señalados en este Código (artículo 38 del Código Penal para el Distrito Federal).

La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

1. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito.
2. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un

objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

3. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.
4. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.
5. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión (artículo 42 del Código Penal para el Distrito Federal).

La reparación será fijada por los jueces, según el daño o perjuicios que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas durante el proceso (artículo 43 del Código Penal para el Distrito Federal).

Tienen derecho a la reparación del daño:

1. La víctima y el ofendido.
2. A falta de la víctima o el ofendido, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables (artículo 45 del Código Penal para el Distrito Federal).

Están obligados a reparar el daño:

- I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios;

III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y

IV. El Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Queda a salvo el derecho del Gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable (artículo 46 del Código Penal para el Distrito Federal).

En los delitos cometidos por servidores públicos a que se refieren los Títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Libro Segundo de este Código, la sanción económica consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados (artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal).

Aseguramiento y decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.

El decomiso consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal, de los instrumentos, objetos o productos del delito, en los términos del presente Código.

Si son de uso lícito, se decomisarán sólo cuando el sujeto haya sido condenado por delito doloso; si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando éste haya tenido conocimiento de su utilización para la comisión del delito y no lo denunció o no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo (artículo 53 del Código Penal para el Distrito Federal).

Suspensión o privación de derechos, destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos, comisiones o empleos.

La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos.

La privación consiste en la pérdida definitiva de derechos.

La destitución consiste en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público.

La inhabilitación implica la incapacidad temporal para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos (artículo 56 del Código Penal para el Distrito Federal).

La suspensión y la privación de derechos son de dos clases:

1. La que se impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión.
2. La que se impone como pena autónoma.

En el primer caso, la suspensión o privación comenzarán y concluirán con la pena de que sean consecuencia.

En el segundo caso, si la suspensión o la privación se imponen con pena privativa de la libertad, comenzarán al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Si la suspensión o la privación no van acompañadas de prisión, empezarán a contar desde que cause ejecutoria la sentencia.

A estas mismas reglas se sujetará la inhabilitación (artículo 57 del Código Penal para el Distrito Federal).

Supervisión de la autoridad.

La supervisión de la autoridad consiste en la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad.

El juez deberá disponer esta supervisión cuando en la sentencia imponga una sanción que restrinja la libertad o derechos, sustituya la privación de libertad por otra sanción o conceda la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y en los demás casos en los que la ley disponga. Su duración no deberá exceder de la correspondiente a la pena o medida de seguridad impuesta (artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal).

Prohibición de ir a un lugar determinado o residir en él.

En atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, el juez impondrá las medidas siguientes: prohibir al sentenciado que vaya a un lugar determinado o que resida en él, conciliando la exigencia de tranquilidad pública y la seguridad del ofendido.

Estas medidas no podrán ser mayores al término de la pena impuesta (artículo 61 del Código Penal para el Distrito Federal).

Tratamiento de inimputables o de imputables disminuidos.

En el caso de que la inimputabilidad sea permanente, a la que se refiere la fracción VII del artículo 29 de este Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo. En el primer caso, el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar el previsto en el artículo 33 de este Código.

Si se trata de trastorno mental transitorio se aplicará la medida a que se refiere el párrafo anterior si lo requiere, en caso contrario, se le pondrá en absoluta libertad.

Para la imposición de la medida a que se refiere este capítulo, se requerirá que la conducta del sujeto no se encuentre justificada.

En caso de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter terapéutico en lugar adecuado para su aplicación.

Queda prohibido aplicar la medida de seguridad en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales, o sus anexos (artículo 62 del Código Penal para el Distrito Federal).

El juez o en su caso la autoridad competente, podrá entregar al inimputable a sus familiares o a las personas que conforme a la ley tengan la obligación de hacerse cargo de él, siempre y cuando reparen el daño, se obliguen a tomar las medidas adecuadas para el tratamiento y vigilancia del inimputable y garanticen a satisfacción del juez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Esta medida podrá revocarse cuando se deje de cumplir con las obligaciones contraídas (artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal).

Si la capacidad del autor sólo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, a juicio del juzgador se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o bien ambas, tomando en cuenta el grado de inimputabilidad, conforme a un certificado médico apoyado en los dictámenes emitidos por cuando menos dos peritos en la materia (artículo 65 del Código Penal para el Distrito Federal).

Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

Cuando el sujeto haya sido sentenciado por un delito cuya comisión obedezca a la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda, se le aplicará tratamiento de deshabitación o desintoxicación, el cual no podrá exceder del término de la pena impuesta por el delito cometido.

Cuando se trate de penas no privativas o restrictivas de libertad, el tratamiento no excederá de seis meses (artículo 67 del Código Penal para el Distrito Federal).

4.3 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

El factor negativo de la punibilidad son las excusas absolutorias, puesto que en virtud de éstas no es posible aplicar la pena.

No son más que las causas que impiden la operatividad de la coerción penal, es decir, que apartan las condiciones en que la misma opera. Eliminan la operatividad de la coerción penal que la conducta merece, pero no el merecimiento, porque éste ya se halla afirmado con la presencia misma del delito, pues si el merecimiento de la coerción penal no estuviese ya afirmado por el delito, sería absurdo plantearse la cuestión acerca de la posibilidad de proveerlo.³

Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, que aún configurado el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos. La conducta es inculpa, pero no sancionable, por lo que no eximen de su responsabilidad al sujeto activo en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

Se diferencian de las excluyentes de responsabilidad ya que éstas se caracterizan por impedir que la responsabilidad surja, es decir, la conducta tipificada en la ley no es inculpa desde el inicio.

Las excusas absolutorias de mayor importancia son: excusa en razón de mínima temibilidad, excusa en razón de la maternidad consciente, otras excusas por inexigibilidad y excusa por graves consecuencias sufridas.

- a) Excusa en razón de mínima temibilidad. El artículo 21 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste". La razón de esta excusa debe buscarse en que la

³ ZAFFARONI EUGENIO RAUL. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO V. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1997. p. 18.

restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

- b) Excusa en razón de la maternidad consciente. El artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal establece que: “Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto: I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código; II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada. En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”. A pesar de la existencia de una conducta típica antijurídica, la madre no es culpable porque la motivación de su conducta es superior al deber de no delinquir. Esto siempre y cuando exista la demostración previa de que la maternidad fue forzada e involuntaria, aún cuando no haya juicio contra el violador respecto del atentado sexual.

- c) Otras excusas por inexigibilidad. Podemos encontrar entre otras excusas por inexigibilidad:
- El encubrimiento de parientes y allegados, en el artículo 321 del Código Penal para el Distrito Federal, como sigue: “No comete el delito a que se refiere al artículo anterior, quien oculte al responsable de un hecho calificado por la ley como delito o impida que se averigüe, siempre que el sujeto tenga la calidad de defensor, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por adopción, por afinidad hasta el segundo grado, cónyuge, concubina o concubinario o persona ligada con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad”.
 - Excusa a familiares de un detenido, procesado o condenados cuando favorezcan su evasión: artículo 307 del Código Penal para el Distrito Federal: “Si el que favorece la fuga es el ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, cónyuge, concubina o concubinario, pareja permanente, hermano del evadido o pariente por afinidad hasta el segundo grado, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión. Si mediare violencia, se impondrá de uno a cuatro años de prisión.”.
- d) Excusa por graves consecuencias sufridas. La encontramos en los párrafos tercero y cuarto del artículo 75 del Código Penal para el Distrito Federal: “El juez, de oficio o a petición de parte, podrá prescindir de la imposición de la pena privativa o restrictiva de la libertad o sustituirla por una menos grave o por una medida de seguridad, cuando la imposición resulte notoriamente innecesaria e irracional, en razón de que el agente: a) Con motivo del delito cometido, haya sufrido consecuencias graves en su persona; b) Presente senilidad avanzada; o c) Padezca enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado

de salud. En estos casos, el juez tomará en cuenta el resultado de los dictámenes médicos y asentará con precisión, en la sentencia, las razones de su determinación. Se exceptúa la reparación del daño y la sanción económica, por lo que no se podrá prescindir de su imposición”.

CAPÍTULO QUINTO

EL ABORTO

5.1 EL ABORTO EN LA MEDICINA Y EN EL DERECHO.

En el derecho, el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Para la medicina, aborto es la interrupción del embarazo antes de que el producto sea viable. Para que se pueda dar una clara diferencia entre lo que se entiende por viable, es necesario tomar en cuenta varias opiniones. Para los médicos alemanes, el producto de la concepción no es viable sino hasta los ciento noventa y seis días; en cambio para los y las obstetras italianos la viabilidad se adquiere hasta los ciento ochenta días, contados a partir del primer día de la última menstruación -a diferencia de los angloamericanos, para quienes la viabilidad llega a los ciento cincuenta y cuatro días-.

En México, en cambio, el producto ya se puede considerar viable cuando ha alcanzado veinte semanas, que de una manera aproximada serían ciento cuarenta días.

“La viabilidad como un argumento para la defensa del Derecho a la interrupción del embarazo voluntaria sin riesgos, es poco confiable pues está determinada por los avances de la biotecnología e incluso por los de la medicina y mientras más se desarrollen estas técnicas, las posibilidades de un

feto fuera del vientre materno se amplían, sin que ello implique cambio alguno respecto de la calidad de vida que le espera si naciera.”¹

Algunos juristas señalan que el aborto espontáneo se produce por causas naturales, casi siempre ligadas con defectos embrionarios. El aborto voluntario es utilizado precisamente para señalar la interrupción voluntaria del embarazo. El aborto eugenésico, es aquel que se realiza con la intención de evitar el nacimiento de un feto con malformaciones o enfermedades congénitas. El aborto terapéutico es aquel que se lleva a cabo con el fin de evitar riesgos para la vida o la salud de la mujer embarazada. El aborto ético también es llamado “sentimental”, y se realiza para evitar que nazca el producto de una concepción cuyo origen sea una violación o estupro.

Los países en donde está despenalizado este tipo de aborto fundamentan su política en datos emotivos y en el derecho de la mujer a ser madre consciente y voluntariamente, no pretendiendo imponerle una maternidad que ha sido fruto de un delito en el cual ella fue la víctima.

El aborto por causas económicas, se practica cuando la situación socioeconómica de la mujer embarazada es tal que le sería sumamente difícil atender el embarazo, el parto y la crianza del niño. El aborto séptico es el término para definir, no la intervención abortiva, sino la infección ocurrida a causa de dichas manipulaciones. El aborto *honoris causa* es el aborto que algunos autores califican de “privilegiado”, y es el que se practica para proteger el buen nombre de una mujer embarazada. El aborto consumado, es cuando el embrión o feto es expulsado totalmente del vientre de la mujer embarazada junto con la placenta. El aborto incompleto es el que se utiliza cuando la expulsión del embrión o feto no ha sido total y han quedado restos en el interior del útero y estos pueden provocar hemorragias en la mujer que estuvo embarazada².

¹ WENZ PETER. ABORTION RIGHTS AS RELIGIOUS FREEDOM. Temple University Press, Philadelphia, 1992. P 50.

² WENZ PETER. Op. Cit. p.16

El aborto es considerado como el último y no deseado recurso en el ejercicio del derecho de una maternidad responsable, consciente libre y voluntaria.

5.2 LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 16 y 25 establece el Derecho a casarse y formar una familia, el derecho a un nivel adecuado de vida y el derecho a los cuidados y asistencia especial para la maternidad y la infancia.

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala el deber que los Estados tienen en la protección de las madres antes y después del parto, así como en la protección y asistencia a niños, niñas y adolescentes; el artículo 11 de este ordenamiento señala el derecho de toda persona a gozar de un nivel de vida adecuado para sí y para su familia.³

5.3 LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Los derechos a la salud, al propio cuerpo y a la reproducción son interdependientes y complementarios y complementarios de un derecho a la vida y deben ser considerados como atributos de la persona humana. Cabe señalar que desde el concepto de Estado de bienestar, nacieron simultáneamente los derechos económicos, sociales, y culturales, aunados a los civiles, que son los que proporcionan el marco normativo de los derechos reproductivos dentro del cual debe ser valoradas las políticas incriminatorias y desincriminatoras del aborto, así como todas aquellas relativas al libre y responsable ejercicio de la maternidad y la paternidad en planos de igualdad real entre el varón y la mujer.

³ IBIDEM. p.47

La respuesta negativa frente a la reproducción y al aborto congruente con la lógica de un estado laico, liberal y democrático que lleva a un justo equilibrio la desincriminación valorada de la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a una vida digna en un entorno de bienestar social. Tales fundamentos que deberían ser suficientes para proporcionar el sustento teórico al derecho sobre el propio cuerpo.

Desde la perspectiva feminista se valora a la discriminación que existe hacia la mujer en los aspectos reproductivos, ya que en el sistema político actual no se le permite decidir por sí misma, cuándo y en que condiciones ha de vivir su maternidad, a diferencia del varón que cuenta con el apoyo institucional para vivir su paternidad sólo cuando así lo desee hacer. Ejemplo de ello es la institución de la filiación y las presunciones que la sustentan. Por lo que se refiere a la maternidad, ésta es siempre cierta, en cambio la paternidad sólo se presupone.⁴

La discriminación es muy clara ya que el varón sólo es padre cuando así lo desean, en cambio la mujer es madre aun en contra de su voluntad.

Se parte desde la maternidad y la paternidad ya que esta relación, es el centro y fin último de la reproducción. Tanto la maternidad y la paternidad se inscriben en un doble registro, por un lado realizan un proyecto individual y ocupan un lugar central en la construcción de una identidad personal, por otro irrumpen en la persona como una dimensión extraña y personal. En este contexto no se debe perder el enorme compromiso y la responsabilidad que significan tanto la maternidad como la paternidad. Por lo tanto la mujer como el varón que van a ser padres deben estar consientes de lo que significa, así como tener la posibilidad de decidir el cómo y el cuándo, este es el fundamento de los derechos reproductivos, empero el sistema jurídico que impera en nuestra sociedad y parece haberse perdido el hecho considerado a la maternidad o a la paternidad, y como parte de una fatalidad que debe ser

⁴ IBIDEM. p.52

controlada por el Estado a través de normas coercitivas, dejando a las mujeres sin oportunidad de valorar y decidir si pueden o no hacer frente a ese compromiso.

Tanto a nivel nacional como a nivel internacional se han tomado en cuenta las declaraciones sobre la decisión de las mujeres a decidir el cómo y el cuándo se ha de ser madre que se encuentran en diversos ordenamientos internacionales. El Derecho interno cuenta con un principio de reconocimiento a través del artículo 4 Constitucional, mismo que establece que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Entonces la mujer tiene derecho a interrumpir un embarazo no deseado. En la Ley General de Salud se establecen como objetivos del Sistema Nacional de Salud los siguientes, que están íntimamente relacionados con el de salud reproductiva: el de contribuir al desarrollo demográfico armónico del país, la colaboración al bienestar social de la población mediante servicios de asistencia social y el dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez.

5.4 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 4 Constitucional mismo que a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general”.

En 1983 se adicionó en el mismo numeral con un párrafo tercero, en donde se regula el derecho a la protección de la salud y la obligación del estado para fijar las bases a través de las cuales la población tendrá acceso a los servicios de salud.

El aborto practicado en las condiciones derivadas de su clandestinidad es un riesgo para la salud de las mujeres y un costo muy elevado para el Estado que se ve precisado a atender las complicaciones de los abortos clandestinos.

Es indispensable que se delimite la gravedad de este gran problema de salud pública que implica la práctica clandestina de las interrupciones de embarazos no deseados, para llevar a cabo un análisis objetivo de la incidencia de estas prácticas en el contexto de la salud reproductiva, análisis que en nuestro país puede encontrar los parámetros de una política legislativa respetuosa de una moral pública, acorde y congruente con las características que lo definan como un país estructurado dentro de un marco de un Estado laico, liberal y democrático.

Para tratar el tema del aborto como problema de salud debe partirse necesariamente de la condición de ilegalidad en que se practica, tal condición determina que el aborto representa para la mayoría de las mujeres que recurren a él, un importante riesgo para la salud y, en ocasiones también para su vida.

El análisis de las implicaciones del aborto para la salud reproductiva permite hacer abstracción de los considerados subjetivos que inciden en la moral individual, abriendo las perspectivas hacia una política legislativa basada en los factores objetivos que perfilan la problemática de la interrupción voluntaria del embarazo. Uno de los más graves es precisamente este, el riesgo para la salud de la mujer embarazada que no puede o no quiere continuar con este proceso y que se ve orillada a interrumpirlo en las condiciones nefastas en que actualmente se realizan estas prácticas; condiciones propiciadas, principalmente por la clandestinidad en la que se realizan.⁵

⁵ IBIDEM. p. 55.

Dichas condiciones ponen en tela de juicio el derecho a la protección de la salud y el cual se encuentra consagrado en la misma Constitución y en el numeral antes referido.

La Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4 Constitucional, establece entre los objetivos de la protección a la salud, los siguientes: el bienestar físico y mental de las personas para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, la prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana, así como la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social; la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud y el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población. Este ordenamiento considera que tanto la atención materno-infantil como la planificación familiar y la salud mental son materia de salud general.

A nivel internacional en los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud, ha definido el concepto de salud no solo como la ausencia de enfermedad sino como el disfrute del más alto nivel del bienestar físico, mental y social; dicha organización ha informado que las condiciones jurídicas en las que se practican los abortos tienen serias repercusiones medicas, ya que la mortalidad de las mujeres por esta causa depende de la falta de pericia de la persona que realiza la intervención y a la falta de utilización de los servicios médicos y hospitalarios adecuados.

En la reunión de Helsinki de 1971, se admitió que el aborto debe ser considerado como “un medio excepcional” de interrupción de embarazos no deseados y se recomendó tanto la legalización, como la adopción de medidas preventivas y el desarrollo de una infraestructura hospitalaria adecuada para atender este tipo de intervenciones. Las alternativas propuestas para resolver este problema se salud pública son dos: la prevención de los abortos a través de campañas efectivas de educación sexual e información de los métodos anticonceptivos idóneos, y a la concreción de políticas desincriminadoras del

aborto a fin de que se deje la mujer la opción de acceder a una atención médica adecuada, segura e higiénica.

5.5 EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA

El individuo aún no nacido es sujeto de derecho por sí mismo y no porque resulte deseable a sus padres o a la sociedad, y que, en consecuencia, someter el derecho a la vida al deseo de quien fuere equivale a instaurar la arbitrariedad como raíz de un orden jurídico que tendrá inevitablemente al totalitarismo y a imponer la ley del más fuerte, cuyo capricho quedaría instaurado como creador de sujetos de derecho. Considerando que al atentar contra la vida de los seres humanos aún no nacidos forma parte de la política antinaturalista, además del atentado que lesa la humanidad que implica atentar contra la vida en el interior del seno materno, esto implica una grave deformación de la conciencia que mina las bases morales y sociales sobre las que pueden edificarse la democracia en el país, como sistema de vida y organización política fundada en el reconocimiento de quien es diferente y en el respeto a sus derechos.⁶

La definición de vida y el derecho a ella es un problema ético, más que médico y más que jurídico. Sin embargo, es cierto que ni la medicina ni el derecho actúan en un ámbito de neutralidad ética. Es importante resaltar que la vida humana no es cualquier vida, es una vida que debe tener una serie de características que la revistan de esa dignidad y unicidad, una vida que permita a la persona que la vive, un desarrollo pleno tanto como relaciones interpersonales, familiares y sociales satisfactorias.

El derecho a la vida desde un punto de vista ético, tienen que tener por referente precisamente una vida en dimensiones cualitativas y no cuantitativas, un derecho que no baste para asegurar la vida como un simple hecho natural, es preciso garantizarlo en un entorno que permita las formas más intensas de

⁶ INICIATIVA DEL PARTIDO ACCIÓN NACIONAL PRESENTADA EL 13 DE DICIEMBRE DE 1979, A LA CAMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN.

vivir y potenciar la vida humana, un entorno que garantice la humanidad de esta vida y las posibilidades de vivirla cualitativamente como persona humana.

La mujer embarazada debe tener una calidad de vida que permita el desarrollo de las potencialidades humanas tanto de la mujer como del posible nuevo ser, condiciones que se pueden dar en caso de que la mujer si está realmente consciente de lo que significa la maternidad si la asume como un compromiso vital; por el lado del nuevo ser, las condiciones para su desarrollo se darán, si es deseado, en el núcleo de su propia familia, independientemente de su estructura.

5.6 EL ABORTO EN EL DERECHO MEXICANO

El artículo 4 de la Constitución Política fue reformado para incluir en su texto la igualdad entre varón y mujer y establecer un primer acercamiento a los derechos reproductivos concretamente en el párrafo segundo; en donde se señala que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el numero y espaciamiento de sus hijos” así como el deber de los padres a preservar el derecho de sus hijos e hijas a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Dentro del marco jurídico se refleja una política legislativa congruente con la lógica de un estado laico, liberal y democrático, pero no concuerda con algunas normas particulares del sistema jurídico mexicano, como es el caso del aborto, es por ello que algunos autores califican de inconstitucionales las normas de derecho penal que lo castigan, pues reprimen la decisión de la maternidad, y al hacerlo colocan a la mujer en una situación de riesgo para su vida y su salud o para el bienestar físico y mental de ella o de su familia.

5.7 EL ABORTO PROVOCADO EN EL INTERIOR DE LA REPUBLICA

Todas las entidades federativas contemplan un esquema similar al señalado en el Distrito Federal ya que contemplan en sus legislaciones las causas de disminución de la pena o de la punibilidad del aborto.

En Yucatán no es punible cuando a las razones económicas graves se señale el hecho de que la mujer embarazada tenga ya, por lo menos tres hijos. En los Estados de Guerrero y Querétaro se faculta al juzgador para aplicar a su criterio, siempre que sea equitativo, hasta una tercera parte de la pena prevista para la mujer que procura o consiente en que otro la haga abortar, para ello se tomara en consideración el estado de salud de la mujer, su instrucción y condiciones personales, las circunstancias de la concepción, la duración del embarazo, el desarrollo, las características del producto, el consentimiento otorgado por el otro progenitor, cuando éste viva con la mujer embarazada y cumpla responsablemente con las obligaciones que dicha unión genera, y, en general todos los elementos de juicio que puedan emplearse para resolver la justicia en caso particular.

En el Estado de Colima no se sanciona el aborto cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial indebida, en cuyo caso bastara que el hecho se compruebe con el Ministerio Publico para autorizar su práctica, autorización y circunstancias que se requieren para los casos de violación.

En el interior de la República, es muy común encontrar que para que opere la no punibilidad del aborto sentimental, éste deberá practicarse dentro de los noventa días contados a partir de la concepción.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El ser humano requiere, para actuar en la esfera del Derecho, el carácter de persona. La capacidad de goce se encuentra adherida a la calidad de ser humano para poder obtenerla, y al hacerlo se adquiere también la personalidad. La personalidad jurídica es la aptitud que confiere el Estado para ser titular de derechos y obligaciones.

SEGUNDA. Al nasciturus se le reconoce principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legado y para recibir en donación. Esta protección otorgada al concebido, comprende principalmente la preservación de la vida. La capacidad jurídica sólo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones que la ley determina: nacer vivo y viable.

TERCERA. Dada la naturaleza punitiva del Derecho Penal, su finalidad es la de proteger los bienes jurídicos más importantes para la colectividad, a la vez que el tipo penal describe –y circunscribe– abstractamente los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito.

CUARTA. El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable, imputable y punible. Para que éste se cometa, es necesaria una conducta de acción o de omisión procedente del libre albedrío de la persona con la voluntad de quebrantar las normas previamente establecidas. Las conductas consideradas como tal se encuentran citadas en el Código Penal vigente.

QUINTA. La falta de consentimiento del sujeto pasivo es un impedimento para que los particulares dispongan lícitamente de la vida.

SEXTA. La culpabilidad es el resultado de un juicio de valor que da origen al reproche al autor de la acción delictiva, por la relación psicológica entre él y su resultado, siempre que en la misma fuere posible exigírsele proceder conforme a las normas. Y es también, el límite de la propia pena, y con ello una garantía a favor del individuo: ninguna pena podrá exceder del límite de la propia culpabilidad. Sin intención o sin negligencia, sin dolo o sin culpa, no hay culpabilidad y por tanto hecho.

SEPTIMA. Un comportamiento es punible cuando por su naturaleza amerita ser penado, por lo que lleva en sí mismo la advertencia legal de aplicación de esa sanción.

OCTAVA. La pena tiene como fin: intimidar al delincuente para apartarlo del delito; corregir al mismo para que no reincida y reintegrarlo a la sociedad; a la vez que velar por la salvaguarda de la sociedad y por mantener el orden social.

NOVENA. El individuo aún no nacido es sujeto de derecho por sí mismo y no porque resulte deseable a sus padres o a la sociedad, y que, en consecuencia, someter el derecho a la vida al deseo de quien fuere equivale a instaurar la arbitrariedad como raíz de un orden jurídico.

DECIMA. Es importante resaltar que la vida humana debe tener una serie de características que la revistan de esa dignidad y unicidad, una vida que permita a la persona que la vive, un desarrollo pleno tanto como relaciones interpersonales, familiares y sociales satisfactorias.

UNDECIMA. Existe una clara colisión entre los derechos reproductivos y los otorgados al no nato para el resguardo de la vida. Los bienes jurídicamente

protegidos son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad de la mujer, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. Sin embargo, al encontrarse éstos en pugna, debe prevalecer el de mayor valor: la salvaguarda del ser en formación. De tal forma que, ante lo expuesto, podemos apreciar que la declaración de constitucionalidad del aborto en el Distrito Federal sí viola la protección del nasciturus.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y OTRO. DERECHO DE FAMILIA. Ed. Oxford.
México. 2005. p.p. 372.

CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL. DERECHO PENAL MEXICANO. 10ª ed. Ed.
Porrúa. México 1972. p.p. 634.

CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DEL DERECHO
PENAL. 44ª ed. Ed. Porrúa. México 2003. p.p.
363.

CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL. 16ª ed. Ed. Bosch. Barcelona
1971. p.p. 463.

DE PINA RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. 22ª ed. Ed. Porrúa. México
2002. p.p. 406.

FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ FERNANDO Y OTRO. NOCIONES DE DERECHO
POSITIVO MEXICANO. Ed. Porrúa. México
1999. p.p. 339.

GALINDO GARFIAS IGNACIO. CÓDIGO CIVIL COMENTADO PARA EL
DISTRITO FEDERAL I. 3ª ed. Ed. Miguel Ángel
Porrúa. México 1993. p.p. 475.

JIMENEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. 2ª ed. Ed. Porrúa.
México 1977. p.p. 503.

LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORÍA DEL DELITO. 11ª ed. Ed. Porrúa.
México 2003. p.p. 314.

MARCEL PLANIOL Y OTRO. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL I
DIVORCIO, FILIACIÓN, INCAPACIDADES. 2ª
ed. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México
1991. p.p. 470.

MAZEAUD HENRI Y OTROS. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Ed. Ediciones
Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959.
p.p. 332.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I
INTRODUCCION PERSONAS Y FAMILIA. Ed.
Porrúa. México 2004. p.p. 540.

WENZ PETER. ABORTION RIGHTS AS RELIGIOUS FREEDOM. Temple
University Press, Philadelphia, 1992. p.p. 294.

ZAFFARONI EUGENIO RAÚL. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE
GENERAL TOMO V. Ed. Cárdenas Editor y
Distribuidor. México 1997. p.p. 557.

LEGISLACIONES

DISTRITO FEDERAL. Código Civil para el Distrito Federal.

DISTRITO FEDERAL. Código Penal para el Distrito Federal.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política Federal.