

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



LA EVASION DE PRESOS A LA LUZ DE LA TEORIA DEL DELITO Y DE LA LEY PENAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
HECTOR LARA GONZALEZ

MEXICO, D. F.

1984



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
I. LA EVASION DE PRESOS EN LA ANTIGUEDAD:	7
A. Grecia	7
B. Roma	9
C. Derecho Germánico	11
D. Derecho Español	12
E. Derecho Mexicano precolombino	15
F. Derecho Mexicano colonial	18
II. LA EVASION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO:	18
A. Bosquejo de Código Penal de 1831	19
B. Código Penal veracruzno de 1835	19
C. Código Penal de 1871	19
D. Código Penal de 1929	20
E. Código Penal de 1931	20
III. LA EVASION EN LOS PROYECTOS:	21
A. Proyecto de Código Penal de 1949	21
B. Proyecto de Código Penal de 1958	21
C. Proyecto Tipo para la República Mexicana de 1963	21
IV. LA EVASION EN LOS CODIGOS DE LOS ESTADOS	22

CAPITULO II

I.	DEL DELITO EN GENERAL	23
II.	CONCEPTO DE EVASION	24
III.	LA CONDUCTA	26
	A. El núcleo de la conducta en la evasión	27
	B. Clasificación en relación a la conducta	32
	C. Clasificación en orden al resultado	32
IV.	AUSENCIA DE CONDUCTA	34

CAPITULO III

I.	EL TIPO	37
II.	INEXISTENCIA DE TIPO EN LA EVASION	38
III.	ELEMENTOS DEL TIPO:	44
	A. Bien jurídico tutelado por la ley	44
	B. Objeto material	47
	C. Sujeto activo	51
	D. Clasificación en orden al sujeto activo	56
	E. Sujeto pasivo	57
	F. Los medios	59
	G. Clasificación de la fuga en orden al <u>ti</u> <u>po.</u>	62
IV.	LA TIPICIDAD	63
V.	LA ATIPICIDAD	64
	Resumen de atipicidades en le evasión	66

CAPITULO IV

I.	LA ANTIJURIDICIDAD	71
II.	LAS CAUSAS DE LICITUD EN LA EVASION	73

	Pág.
III. LA IMPUTABILIDAD	82
Acciones liberae in causa	83
IV. INIMPUTABILIDAD	84
A. Falta de desarrollo mental	84
B. Retraso mental	85
C. Falta de salud mental	85

CAPITULO V

I. LA CULPABILIDAD	87
A. Teorías de la culpabilidad	87
B. Formas o especies de la culpabilidad	89
II. LA INCULPABILIDAD	100
A. El error	101
B. La no exigibilidad de otra conducta	103

CAPITULO VI

I. LAS CONDICIONES OBJETIVAS	111
II. LA PUNIBILIDAD	113
La penalidad en cada uno de los seis artículos que regulan la evasión	114
III. EXCUSAS ABSOLUTORIAS	120

CAPITULO VII

I. EL ITER CRIMINIS	123
A. Fase interna	123
B. Fase externa	124
C. La tentativa en la evasión	126
D. EL Arrepentimiento en la fuga	128
E. La consumación	130
II. LOS CONCURSOS	133

	Pág.
A. Concurso de delitos	133
B. Concurso de normas	136
C. Concurso de personas (participación)	137

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES	143
BIBLIOGRAFIA	147

INTRODUCCION

"El ser libres o esclavos no depende de la ley ni del nacimiento, sino de nosotros mismos; porque todas las cadenas y todo el peso de ciertas prescripciones legales serán siempre - mucho más leves que el dominio brutal de las pasiones no sometidas, de los apetitos insanos no satisfechos, de las codicias, de las avaricias, de las envidias y demás desenfrenos" (1).

Así se expresa el gran filósofo Epicteto al referirse a la libertad del cuerpo y del alma, anteponiendo la del alma a la del cuerpo, ya que como El bellamente lo dice, "el que conserva la libertad del cuerpo, pero tiene el alma esclava, esclavo es; pero el que conserva el alma libre, goza de absoluta libertad, aunque esté cargado de cadenas" (2). Un alivio, en verdad, reflejan estos pensamientos para quienes justa o injustamente son privados de su libertad.

Sin embargo, excepcionales son las personas que privadas de su libertad, piensan del mismo modo, como no sean un Jesús o un Sócrates; los cuales no sólo soportaron el cautiverio, sino que sabiendo que serían condenados a muerte, y teniendo suficientes recursos para librarse de sus acusadores, no los emplearon, no obstante ser conscientes de la injusticia que se cometía en su contra. Pero más que condenados a morir, fueron sentenciados a sobrevivir por los siglos de los siglos en el corazón de la humanidad que con amor y admiración los recuerda.

(1) Epicteto, "Máximas", Ed. Porrúa, S.A. (Colecc. "Sepan - - Cuantos..." Núm. 283), p. 42, México, 1975.

(2) Idem, p. 45.

Sócrates no se quiso librar de su condena por no contravenir el deber; ya que de muchas maneras pudo haber evitado que se le condenara a ingerir la cicuta, y aun ya sentenciado pudo incluso, evadirse con facilidad de la prisión, puesto que sus amigos le proponían esa alternativa, insistían en que se evadiera, para lo cual, le proporcionaban todos los medios necesarios; sin embargo, Sócrates, fiel a sus principios, rechazó la propuesta, decía que era preferible morir antes que faltar al deber de cumplir con las leyes de su patria, aunque éstas fueran injustas, porque era mejor sufrir la injusticia, antes que cometerla (1).

De modo que Sócrates no sólo no intentó fugarse para salvar su libertad, sino que no quiso evadirse para salvar su vida; demostrando con ello que su forma de actuar era acorde con sus ideas. Conductas como éstas son ejemplares y únicas, porque la generalidad de los hombres que son privados de su libertad, no somos conformes con los mandatos de la ley.

No negaremos que en una persona, la vida y la libertad -- corporal sean bienes estimados en el más alto grado; de no ser así, no tendría sentido una privación de la vida o de la libertad.

Efectivamente, la libertad, nadie lo niega, ha sido y será la causa de las grandes luchas de los pueblos contra la -- opresión; pues la lucha por la libertad, es la historia del derecho mismo.

Las garantías que el derecho ha establecido, surgieron como consecuencia de la lucha de los pueblos contra las dictaduras y los gobiernos absolutistas. El derecho surge, pues, como una necesidad de los hombres de crear normas que garanticen su libertad y todos los derechos humanos. En consecuencia, la

(1) Platón. "Diálogos: Critón o del deber, Defensa de Sócrates", Aguilar, S. A. (Platón, obras completas), Madrid, 1977.

libertad ha sido y será una fuente real del derecho con un contenido invalorable.

Todos tenemos el deber y el derecho de luchar en todo momento por nuestra libertad. En un presidio no se pierde ese bello derecho. Así lo han entendido la mayor parte de las legislaciones del mundo al no sancionar al preso que se fuga, -- significando con esto, que los legisladores son conscientes del valor que tiene el instinto de libertad que hay en el hombre, sobreponiéndolo al valor del bien jurídico lesionado con esa conducta.

De ninguna manera debe sancionarse al presidiario que se evade, la autoliberación de un reo es un delito artificial; -- sin embargo, nuestro Código Penal indebidamente sanciona al -- que se fugue con violencia o de concierto con otros presos, lo cual es incorrecto, porque fugarse no es una conducta reprochable, en todo caso lo dañoso son los medios empleados, consecuentemente, lo único sancionable son los delitos producidos con los medios que se emplearon para la evasión, pero no la -- evasión misma, puesto que la fuga en sí no es una conducta reprimible dado que el preso actúa por impulsos irresistibles, por el instinto y el natural anhelo a la libertad.

Por esas razones no deben las leyes castigar la conducta del reo que logra o lucha por ser libre, porque es preferible encontrar en los presos el deseo de fugarse que el deseo de -- permanecer en prisión; es más digna de alabanza la lucha por la libertad que la resignación a permanecer cautivo; sólo un -- santo o un hombre corrompido son capaces de soportar con placer el cautiverio. El que gusta de la libertad se cuidará, -- una vez habiéndose fugado, de cometer otras faltas para no perderla; pero el que poco aprecia su libertad, no sólo no es capaz de cuidarse para no perderla, sino que aun ya sin libertad luchará para no ganarla. El preso que se fuga es digno de elo

gio por su amor a la libertad, pero también merece admiración por su valor para enfrentarse a los peligros que conlleva una evasión.

Nos dice García Ramírez: "Es evidente que la evasión, con la que se conquista el bien máspreciado para los presos, constituye un suceso heroico que merece páginas de historia, días enteros de comentario y, por supuesto, alguna forma de consagración poética..." (1)

Los fines de la vida sólo son posibles en un estado de libertad; lo verdaderamente bello de gozar de los bienes y valores que con la libertad se logran, es lo que ha motivado a muchos reos a exponerse a morir, fugándose de un presidio, o incluso, han encontrado la muerte en vez de la libertad.

Conocida es la historia de los sistemas penitenciarios de México y del mundo; el trato cruel y despiadado que el preso ha recibido en los presidios es una vergüenza social.

Reconocemos que la autoridad debe someter al reo coactivamente para evitar que se fugue; sin embargo, esto no implica que deba someterlo a castigos permanentes o a torturas constantes, pues como ya lo ha dicho Carrancá y Rivas, "las evasiones no se evitan por medio de tormentos" (2). Los tormentos antes que evitarlas las propician.

Nos hemos propuesto encontrar algunas fórmulas que contribuyan a mejorar en algunos aspectos la situación del encarcelado, es decir, la situación del preso en todo lo referente a la fuga.

-
- (1) García Ramírez Sergio, El Final de Lecumberri, Ed. Porrúa S. A. p. 193, México, 1979.
 (2) Derecho Penitenciario, Ed. Porrúa, S. A. p. 259, México, 1981.

Un estudio del delito de evasión de presos, es nuestro -- propósito llevar a cabo en este trabajo; y para tal efecto, es necesario, independientemente de su aspecto histórico, anali-- zarlo a la luz de la teoría del delito y de la ley. En tal -- virtud, habremos de examinar los elementos del delito en general, aplicados a esta figura delictiva, así como su aspecto ne gativo y las formas de manifestarse dicho delito; también nos referiremos a los concursos de delitos, de personas o partici-- pación, y los concursos de normas, todos ellos aplicados a la evasión.

En cuanto al número de elementos integrantes del delito, -- hemos tomado como base la concepción heptatómica del delito, -- porque de acuerdo a nuestros fines propuestos, es la que nos -- permite estudiar en forma integral un delito.

CAPITULO PRIMERO DATOS HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DEL DELITO DE EVASION DE PRESOS

I. LA EVASION DE PRESOS EN LA ANTIGÜEDAD

Desde muy remotos tiempos, hay datos que lo confirman, ya existían las cárceles, o por lo menos la costumbre de privar de libertad al autor de un delito a fin de enjuiciarlo. Por regla general, en los pueblos primitivos la cárcel no tenía el carácter de pena que en los tiempos modernos se le dio; al delincuente sólo se le encarcelaba con carácter provisional, entanto era juzgado.

En consecuencia, si en aquellos tiempos ya existía la prisión, aunque fuera en forma provisional, es razonable conjeturar que también hubieron de darse casos de fuga o evasión de presos. Para saber en qué medida se consideró como delito esta conducta, habremos de analizar brevemente algunos datos de ciertas Culturas de la antigüedad referentes al origen del delito de fuga de presos.

A. GRECIA

El derecho penal griego se puede dividir en dos épocas, - la Mitológica y la Histórica. En la época Mitológica predominó, como en todos los pueblos primitivos, la venganza privada; y son los poetas antiguos los que nos remiten a esta época de leyenda.

Si nos remontamos a la mitología griega, sin duda encon--

traremos algunos hechos que se asemejen al delito de evasión.- Así por ejemplo, es digno de recordarse la liberación de Prometeo, por cuyas faltas contra Zeus, había sido condenado a tortura y cadena perpetuas. Fue pues, Heracles, según nos cuenta Hesíodo en su Teogonía, el que le proporcionó la libertad a -- Prometeo, rompiendo las sólidas cadenas que lo ataban, y dando muerte al águila de las alas desplegadas que le devoraba su hígado inmortal. Sin embargo, Heracles, como libertador de Prometeo no fue considerado delincuente, sino al contrario, aumentó su prestigio de hombre fuerte y vigoroso. (1)

De suma importancia es sin duda la época histórica del derecho penal griego, en la cual, en razón de su división política, existieron diferentes legislaciones, de las cuales sobresalen, la de Esparta, cuyo legislador fue Licurgo, (s. IX a. de C.); la de Atenas, con Dracón y Solón, (s. VII y VI a. de C. - respectivamente); de estas legislaciones sólo se conocen fragmentos que nos han transmitido los poetas, filósofos, oradores e historiadores de la antigua Grecia.

En Grecia, la madre de la democracia, a partir de Solón, - excepción hecha de algunas tiranías, las leyes ya no fueron -- tan crueles como en los tiempos de Dracón, en que todos los delitos se castigaban con la máxima pena, cuya ejecución se llevaba a cabo en forma bárbara y cruel, pues no había un límite al poder de la autoridad, por lo que el juez mandaba castigar a su arbitrio.

La severidad de Dracón es ya legendaria; se cuenta que -- "cuando se le preguntaba (a Dracón) porqué había establecido -- la pena de muerte para todos los delitos, contestaba: 'He creído que las más pequeñas culpas merecen esa pena, y no he encontrado otra para las más grandes'." (2). De ahí que en la ac--

(1) Hesíodo, "Teogonía", Editora nacional, México, 1971, p. 27.

(2) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, t.I, p.276.

tualidad la imposición de una pena desmedida se califique de - "draconiana".

B. ROMA

De la misma manera que el derecho en general, el derecho penal de la antigua Roma se puede dividir en dos partes: público y privado; cosa que no ocurre en la actualidad porque ahora todo el derecho penal es público. En Roma los delitos privados eran los que causaban daños patrimoniales o personales a los particulares, y en tal virtud, dichos delitos eran considerados como fuente de obligaciones civiles, pues no tuvieron -- una sanción pública sino hasta épocas más avanzadas en el campo jurídico. Los delitos públicos, eran los que lesionaban -- los intereses de la comunidad o la seguridad del Estado Romano; obviamente estos delitos sí se sancionaban mediante penas im-- puestas por el Estado. (1)

Para efectos de nuestro delito, es el derecho penal público el que nos incumbe, porque el delito de evasión de presos -- sí era un delito que lesionaba los intereses de la comunidad, -- por lo cual se sancionó severamente y de acuerdo a la forma de cometerse. Así por ejemplo, el responsable en una fuga de prisioneros de guerra era considerado enemigo de la patria, y consecuentemente juzgado mediante el procedimiento del Perdullio, -- por ser autor de Crimen Maiestatis, el cual se castigaba con -- pena de muerte. (2)

Otra modalidad del delito de evasión en la antigua Roma, -- menos grave pero también castigada severamente, fue el caso de

-
- (1) Petit, Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México, 1971, pp. 454-456.
 (2) Mommsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, España Moderna, Madrid, pp. 20-27.

los presos que se evadían mediante la efracción o fractura de cárcel, "en el derecho romano -nos dice Puig- la carcerum - -- efractio se castigaba con pena capital" (1), lo cual significa que los romanos de aquel tiempo aun no respetaban el valor de la libertad ni el instinto natural de libertad que hay en los hombres; por eso Carrara manifiesta: "Los romanos se mostraron severísimos contra los fracturadores de la cárcel... Dentro de tal rigor no se tuvieron en cuenta las consideraciones referentes al amor natural hacia la libertad" (2).

El Digesto, según el mismo Carrara, reglamentó ampliamente la evasión de presos en muchas de sus leyes. Así por ejemplo, la ley 8, párrafo 7, tít. De poenis, establece el doble de pena que le faltara por cumplir al que se fugara de los trabajos públicos; pero si dicha pena sobrepasaba los diez años, se convertía en opus metallicum (trabajos en las minas); y al que se evadía de los trabajos en las minas, se le substituía la pena por trabajos forzados en las minas; por último, el que se fugaba para no cumplir con esta última pena, era reo de -- muerte. (3)

En otra forma de evasión, es decir, la favorecida por -- otras personas, la sanción estaba encaminada, principalmente, para los guardianes de los presos, los cuales eran castigados de acuerdo con los principios del Talión, esto es: se les imponía la pena que le correspondía al preso fugitivo: "Eadem pena tenetur et que com eo quem custodiebat deservit" (4).

(1) Puig Peña, Federico. Derecho Penal, t. III, p. 281.

(2) Carrara, Francesco. Programa..., párrafo 2820.

(3) ídem.

(4) Digesto, ley 38, párrafo 11, tít. De poenis.

C. DERECHO GERMANICO

El delito era considerado en la antigua concepción germánica, como la ruptura de la paz pública o privada según afectara los intereses colectivos o individuales. Asimismo, el delito solamente se tomó en cuenta en su aspecto objetivo, es decir, la responsabilidad existía sin culpabilidad, o sea, atendiendo únicamente las causas y resultados y sin tomar en cuenta la intención, deficiencia que posteriormente vendría a corregir el Derecho canónico.

Es indudable que el delito de evasión de presos, objeto de nuestro trabajo, entra en el grupo de los delitos que trastornan la paz pública; y de acuerdo con el Speculum Suevium -- (de Suevia, en Baviera) para castigar este delito también se aplicaron los principios talionales, esto es, al vigilante de los presos que permitiera su evasión se le sancionaba con la misma pena que merecía el evadido. Esta forma de castigar la fuga se adoptó en el Derecho español en el s. VII de la era -- cristiana, cuando se puso en vigor el Codex Visigothorum, de -- influencia netamente germánica, al cual también se llamó Forum Iudicom, y que más tarde se traduciría como Fuero Juzgo y al -- cual nos referiremos al analizar el Derecho español en el siguiente subcapítulo.

Posteriormente los prácticos del derecho germánico consideraron que proporcionarle la libertad a un preso era un delito de suma gravedad, puesto que el libertad se atribuía facultades que sólo a la autoridad le correspondían. "En la práctica germana --afirma Carrara-- algunos se mostraron partidarios -- de la pena de muerte por el especioso argumento de que correspondiendo al Rey la facultad de liberar a los culpables encarcelados, el particular que se arrogaba la facultad de hacerlo -- invadía los derechos soberanos y se volvía reo de lesa magestad". (1)

(1) Opus cit.

D. DERECHO ESPAÑOL

No fue otro derecho sino el español, por razón natural, - el que más influencia tuvo en el Derecho mexicano, y especialmente en el colonial; por tal motivo obligatorio es mencionarlo en relación al tema que nos ocupa.

Resumiremos pues, las principales leyes de la antigua España que reglamentaron el delito de evasión a fin de conocer - su trayectoria hasta nuestros días.

1. FUERO JUZGO

Efectivamente, fue en el año 641 a 672 de la era cristiana en que se integró la Ley Visigótica (de influencia germánica), conocida también con los nombres de Codex Visigothorum, - Liber Iudicorum, Forum Iudicom, y que posteriormente se tradujo al castellano como Fuero Juzgo.

En esta ley, que tuviera una vigencia milenaria, ya aparece tipificado el delito de evasión de presos en algunas de sus formas. Al responsable de una fuga se le castigaba con la pena que debía cumplir el evadido, es decir, que en este tiempo aún se aplicaban los principios del talión. Así pues, una norma del Fuero Juzgo ordenaba que:

"Si algún omne crebanta cárcel o enganna el guardador, ó el guardador mismo suelta los presos por algun enganno -- sin mandato del iuez, cada uno de estos debe recibir tal pena e tal danno qual deben recibir los presos" (1).

2. FUERO REAL

Seis siglos después de haber nacido el Fuero Juzgo, es decir, en el año de 1255, entra en vigor otra importante ley co-

(1) Fuero Juzgo, ley 3, tít. 4, lib. VII.

nocida como Fuero Real. Esta ley también reglamentó la fuga de presidiarios. Así, por ejemplo, una de sus normas preceptúa:

"Todos home que prisiere algun ladron con furto, préndalo á jura si pudiere, é no lo mate, é traygalo ante el alcalde, é ai se juzgue como manda la ley; é si alguno gelo tollere, aquel que lo tolló sea tenuto á la pena de los ladrones; y esta pena hayan aquellos que sacaren los ladrones de la cárcel, ó de otra prisión sin mandato del alcalde; é por osadía peche diez maravedis al rey" (1).

3. LAS PARTIDAS DE ALFONSO X

Pocos años después de haber nacido el Fuero Real, entran en vigor las Siete Partidas de Alfonso X, "El Sabio". Esta importante legislación se ocupó ampliamente del delito que estudiamos, y dice en algunas de sus leyes:

"En cinco maneras podría acaecer que los presos se yriande la cárcel, porque se embargaría la justicia, que se non podría cumplir en ellos. La primera es cuando fuyessen por muy grand culpa, ó por engaño de los que los oviessen en guarda, ca en tal caso como este, deben recibir los guardadores aquella mesma pena que debían sufrir los presos..." (2).

"Atrevimiento muy grande hace el que saca por fuerza algún preso de la cárcel o de la cadena que se fecha por mandato del rey. E por ende mandamos que si alguno adelantado o del comun de alguno consejo, o de otra prisión-qualquier en que fuese metido por mandato del rey, ó de alguno de los otros que han poder judgar por él, que debe recibir tal pena qual debía recibir aquel que fué ende sacado por fuerza..." (3).

(1) Fuero Real, ley 11, tít. 13, lib. IV.

(2) Partidas, ley 12, tít. 29, Partida VII.

(3) Idem, ley 14, tít. 29, P. VII.

4. LA NOVÍSIMA RECOPIACION

Casi a seis siglos de haberse elaborado la legislación al fonsina, es decir, en 1805, una nueva e importante recopilación se llevó a cabo y a la cual se le denominó la Novísima Recopilación, cuya regulación sobre la fuga de reos es abundante.

Así por ejemplo, algunas de sus normas establecen:

"Si el alguacil ó el escribano por malicia ó interés avisaren á algún reo para que no sea preso, ó trayendole á la cárcel, le permitiesen huir, si fuese en causa criminal, se les ponga presos, y saquen veinte ducados á cada uno, los que se aplicarán á los pobres de la cárcel, y según la calidad ó circunstancias sean castigados corporalmente; y si fuere causa civil, pague al actor el daño que por la fuga se haya seguido, y se les suspenda de oficio por seis años" (1).

"Si los monteros y los hombres de los alguaciles de la -- nuestra corte, y carceleros de las otras justicias, que guardaren los presos, los soltaren ó los no guardaren como deben, si el preso merecía muerte, que el que lo soltó, y no lo guardó bien como debía, muera por ello; y si el preso no merecía muerte, y merecía otra pena corporal, si el que lo guardare se fuere con él, ó lo soltare, que haya aquella misma pena que el mismo preso debía haber; y si por mengua de guarda se fuere, que esté un año en la cadena; ... " (2).

5. CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822

La Novísima Recopilación, con su carácter primitivo y bárbaro, se podría decir que fue la última ley de importancia en materia criminal; pues en los años de 1811-1812, las Cortes de Cádiz, allá en Andalucía, vinieron a modificar substancialmente el Derecho Penal español, aboliendo las torturas medievales de las legislaciones anteriores y promoviendo la idea de crear un código penal. Y fue así como en 1822 se pone en vigencia -

(1) Nov. Recop., ley 14, tít. 30, lib. IV.

(2) Idem, ley 18, tít. 30, lib. IV.

el primer Código Penal español, el cual superó con mucho todas las leyes que le precedieron.

Desafortunadamente, corta fue la vigencia de este Código (poco más de un año), ya que fue abrogado y nuevamente se aplicaron las legislaciones que ya existían, que en general, como ya lo vimos, todas ellas sancionaban la fuga en base a los principios del talión.

Demasiado prolijo sería el análisis del delito de evasión en los códigos españoles, el de 1822 y los que le siguieron; pues tal estudio se sale de los fines de este capítulo que sólo se refieren al estudio histórico de la evasión en la antigüedad. Por tal razón es pertinente, en todo caso, pasar al estudio del derecho precolombiano y el colonial.

E. DERECHO MEXICANO PRECOLOMBINO

El Derecho mexicano anterior a la colonia no es plenamente conocido; los datos que se conocen no provienen de leyes escritas, pues el Derecho mexicano antiguo era fundamentalmente consuetudinario; por ello, sólo es posible conocerlo a través de los cronistas, historiadores y la interpretación de los códices.

No obstante lo anterior, los datos que nos proporcionan las fuentes antes señaladas, son lo suficientemente amplios para formarnos un juicio verídico al respecto. Han sido los estudiosos de la historia del derecho mexicano los que con base en las fuentes susodichas, han elaborado importantes recopilaciones legislativas. De entre la abundancia de estos estudios, particular interés reviste el amplio catálogo de delitos con sus respectivas, brutales e inhumanas penas, que nos ofrece Ca

rrancá y Rivas (1), así como Malo Camacho (2) y Carlos H. Alba-
(3), entre otros.

Por lo que a nuestro delito de evasión se refiere, existen sin duda algunos aspectos de interés en el derecho precolonial, a los cuales a continuación nos referiremos. Pero antes es pertinente aclarar que el objeto de estudiar la evasión de presos- en la antigüedad, es para conocer su origen y su historia a través de los siglos y así llegar al Código Penal que nos rige en la actualidad. Por esta razón hemos iniciado este capítulo tratando de encontrar datos en el Derecho griego, en el romano, en el germánico, y por último en el Derecho español, que fue el -- que más tuvo influencia en el derecho colonial.

De manera que en general, el Derecho mexicano precortesiano no trascendió al derecho colonial y menos al derecho del Mé- xico independiente, pues como muy acertadamente afirma Carrancá y Trujillo: "El Derecho Penal precortesiano ha sido de nula in- fluencia en el colonial y en el vigente. Su estudio pertenece a la arqueología criminal" (4).

Pese a lo anteriormente dicho, y por tratarse del derecho- patrio, resulta imprescindible mencionarlo en relación al deli- to que estudiamos.

En efecto, los antiguos mexicanos ya sancionaban este deli- to en algunas de sus modalidades. Porque si bien es verdad que la prisión no tenía el carácter de pena, ya que únicamente se - aplicaba en forma provisional en tanto se procesaba al reo y se ejecutaba la sanción; cierto es también que el juicio penal en-

(1) Derecho Penitenciario, Cárcel y penas en México, México, 1981.

(2) Historia de las cárceles en México, México, 1979.

(3) Estudio comparado entre el Derecho azteca y el Derecho posi- tivo mexicano, México, 1949.

(4) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano, Ed. Po- rrrúa, S. A., México, 1982, p. 116.

tre los antiguos mexicanos podía durar hasta ochenta días, lapso en el cual era factible que se suscitara alguna fuga de presos; porque por otro lado, debió haber sido en cierta manera, fácil, toda vez que las cárceles eran tan primitivas, tan endebles, que no se necesitaba ser un Hércules, ni mucho menos, para fracturarlas de un puntapié.

Así pues, en el México anterior a la colonia existían -- tres tipos de cárceles: El Cuaualli, era la cárcel destinada para los responsables de delitos graves; el Malcalli, para los prisioneros de guerra; y el Teilpiloyan, la más rudimentaria -- de las prisiones, la cual se destinaba para los delincuentes -- por deudas y los que no merecían pena de muerte.

La evasión de presos en nuestro derecho antiguo se castigaba en forma parecida a como lo hacían los antiguos romanos, -- los germanos y los españoles. Por ejemplo, de acuerdo con las Leyes de Nezahualcōyotl y otras recopilaciones, los soldados -- que dejaran evadir a un prisionero de guerra se les imponía la pena de muerte; la misma pena tenían los que vendieran un prisionero; al esclavo que se fugaba de su dueño sólo se le castigaba con arresto; al que dejara escapar un esclavo ajeno se le sancionaba como delincuente por daño en propiedad ajena, y la pena consistía en resarcir el daño entregando una esclava de -- su propiedad y prendas de vestir; los encargados de ejecutar -- las penas que se negaran a llevar a cabo su ejecución, se les imponía la misma pena que se negaron a ejecutar. Con base en la norma anterior, es fácil deducir, que si el encargado de -- ejecutar las penas además de negarse a ejecutarlas ponía en libertad al preso, obviamente sería castigado con la misma pena del evadido. Esta forma de castigar al delincuente por evasión fue la que generalmente se aplicó en casi todos los pueblos de la antigüedad.

F. DERECHO MEXICANO COLONIAL

Inicialmente, en la época de la colonia se aplicó como derecho principal, el Derecho español, y en menor proporción el derecho de los nativos mexicanos. España ante esta nueva situación, se vio en la necesidad de crear un nuevo derecho para ser aplicado en las colonias conquistadas; para tal efecto se elaboraron las muy conocidas Leyes de Indias.

De modo que en 1680 la ley fundamental en La Nueva España, era la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, y como leyes secundarias existían una serie de disposiciones, tales como Ordenanzas, Cédulas, Autos Acordados, etc., que -- fueron hechas ex profeso para ser aplicadas en la Nueva España.

El delito de evasión, objeto de nuestro trabajo, no pasó inadvertido en la Recopilación de leyes para los indios; lo reglamentó en algunos de sus aspectos. Por ejemplo, establece lo siguiente en dos de sus leyes:

"Mandamos que los alcaides y carceleros no reciban dones en dineros, ni especies de los presos, ni los apremien, ni den soltura en las prisiones, más ni menos de lo que deben, ni los prendan ó suelten sin mandamiento, pena de incurrir en la prohibición de los jueces que reciben dádivas, y las otras penas en derecho establecidas" (1).

"Mandamos que los alcaides y carceleros visiten y requieran por sus personas á los presos, prisiones, puertas y cerraduras de toda la cárcel, de forma que por su culpa no se vaya alguno, pena de que se ejecutará en ellos la que el preso ó presa mereciere, ó el interés que debiere pagar conforme á derecho" (2).

II. LA EVASION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Con las Leyes de Indias y el Derecho español llegamos a

(1) Ley X, tít. 6, lib.7.

(2) Ley XI, tít. 6, lib.7.

la época de la Independencia en la cual se siguieron aplicando las leyes existentes, siempre que no fueran en contra del nuevo sistema; y no fue sino hasta 1831 cuando en el Estado de México se elaboró el primer proyecto de código penal, pero en 1835 el Estado de Veracruz promulga su Código Penal, que fuera el primero en Veracruz y en México.

A. LA EVASION EN EL BOSQUEJO DE 1831

En relación al delito que nos ocupa, este Bosquejo de Código Penal del Estado de México de 1831, lo contempla en el título II que se refiere a los "Delitos contra la seguridad del Estado y contra la tranquilidad y el orden público"; y en el capítulo ocho concretamente se refiere al "Allanamiento de cárceles o establecimientos de corrección, y responsabilidad por las fugas de los detenidos y presos". Puesto que se trataba de un bosquejo de código, este documento era solamente el esqueleto de un código y por lo mismo, no establece penas ni define los delitos.

B. LA EVASION EN EL CODIGO PENAL VERACRUZANO DE 1835

En este Código, que es una copia casi fiel del Código español de 1822, se reguló ampliamente el delito de evasión de presos. Su reglamentación casuística y por lo mismo defectuosa, aunque criticable, era avanzada en su tiempo; pero aún conservaba la crueldad de las penas medievales de las leyes anteriores. Así, en el delito de fuga de presos, existían distintas penas porque distintas eran las formas de cometerlo; pues aun para los que lo cometían en grado de tentativa, se les imponía la pena de dos a siete años de trabajos forzados más las penas acumulables.

C. CODIGO PENAL DE 1871

Tomando como base fundamentalmente el reciente Código Pe

nal español de 1870, se promulgó el primer Código Penal Federal mexicano de 1871; que no obstante ser en general un buen código en su tiempo, que superaba con mucho las legislaciones anteriores, de muchos defectos adolece.

En cuanto al delito que nos atañe, sigue siendo un código casuístico, pero menos absurdo, menos cruel y más técnico. El delito de evasión de presos ya va adquiriendo la forma que en los códigos actuales tiene, excepto en la innecesaria amplitud y abundancia de sus artículos. Este código no sancionaba la auto fuga, salvo que fuera con violencia o de concierto con otros presos.

D. CODIGO PENAL DE 1929

Con un afán no logrado, de perfeccionar el Código de 1871, se elaboró el efímero Código Penal de 1929 cuya abrogación se llevó a cabo antes de que cumpliera sus dos años de vida. Por lo que a la evasión se refiere, este Código la reglamentó casi en la misma forma que el Código de 1871.

E. CODIGO PENAL DE 1931

Excelente código debió haber sido en aquel tiempo; porque de los casuísticos y extensos 1228 artículos que integraban el Código de 1929, a sólo 400 se redujo el de 1931; esto nos da una idea de lo práctico que resultó este Código. Sin embargo, por muy avanzado que este Código fuera en aquel tiempo, en la actualidad ya es una ley que vive su segunda infancia. Y en verdad es lamentable y por demás absurdo que existan códigos penales en algunos Estados de la República mucho más avanzados que el Código Federal, que por ser Federal, normal sería que fuera el mejor, pero ocurre lo contrario; por tanto, urgente resulta su actual revisión integral. Y estamos seguros de que este Código no superará el récord del Código de 1871, cuya vigencia fue de 58 años.

Respecto al delito de evasión, es evidente que el Código de 1931 en vigor, lo reglamentó mejor que cualquier código anterior, sin embargo, su redacción en la actualidad no es la ideal ni mucho menos; esto es comprensible puesto que su redacción ya supera el medio siglo. Es por eso que nos hemos propuesto en este estudio hacer un amplio y profundo análisis de este delito a fin de contribuir en su perfeccionamiento.

III. LA EVASION EN LOS PROYECTOS

A. PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1949

En cuanto al delito que estudiamos, este Proyecto es una copia casi idéntica del Código actual; los pocos cambios que en su redacción existen, sin duda mejoran su contenido, pues su terminología empleada en este delito es más técnica que en el Código del 31.

B. PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1958

Si en el Proyecto de 1949 el delito de fuga era casi igual que en el Código en vigor, no se puede decir lo mismo ni mucho menos del Proyecto de 1958 cuya redacción supera con mucho la del Código vigente. En un solo artículo reglamenta la evasión de una y de varias personas, agravando la pena en este último caso. Como novedad establece sanción especial -- atenuada para los encargados de la custodia de presos que permitan la salida temporal de los mismos.

C. PROYECTO TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963

Este es un excelente proyecto; sin embargo, en lo tocante al delito que nos ocupa, no es ni peor ni mejor que el Proyecto de 1958; pues salva algunos errores del Proyecto anterior pero incurre en otros. Una diferencia importante entre-

ambos Proyectos consiste en que el Proyecto para la República Mexicana de 1963, además de las sanciones corporales impone sanciones pecuniarias, cuya fórmula fue adoptada por algunos códigos de los Estados del interior de la República.

IV. LA EVASION EN LOS CODIGOS DE LOS ESTADOS

Caótica es la reglamentación de la fuga de presos en los Códigos de las Entidades Federativas; innecesaria resulta la existencia de 32 Códigos Penales diferentes en la República por los múltiples inconvenientes que se presentan, que sólo la unificación del derecho penal puede remediar; por ello es lamentable que las Legislaturas de los Estados, con algunas contadas excepciones, hayan hecho caso omiso del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

En cuanto al delito de nuestro trabajo, la mayor parte de los Códigos de los Estados lo reglamenta casi en igual forma que el Código del Distrito Federal, y las pocas diferencias que algunos presentan son de poca importancia.

Unos cuantos son distintos al Código Federal, pero tan malos como éste. Pero unos pocos recién entrados en vigor ya establecen el delito de evasión con la moderna técnica pero aún no alcanzan la forma ideal. Es necesario aclarar que algunos códigos, no obstante ser de reciente creación, continúan conservando la antigua fórmula del Código Federal de 1931; es el caso del Código penal del Estado de México de 1961, y el del Estado de Michoacán de 1962, entre otros.

De los pocos códigos que mejor reglamentan la evasión, aunque con algunos defectos, se pueden citar como ejemplo, el Código Penal del Estado de Guanajuato de 1978, y el de Veracruz de 1980, que aunque diferentes en su forma, son aceptables en su contenido.

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTO DE DELITO EN GENERAL
CONCEPTO DE EVASION
EL ELEMENTO MATERIAL U OBJETIVO Y SU ASPECTO NEGATIVO

I. DEL DELITO EN GENERAL

La evasión de presos está catalogada como delito en el Código vigente; por tal motivo nos vemos precisados a establecer ante todo, qué se entiende por delito. Muchas son las formas en que se ha definido el delito, pero en general, el concepto con mayor aceptación es el que contiene todos los elementos constitutivos del delito: "Delito -establece el Código de Guanajuato- es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible" (art.11). Jiménez de Asúa nos da un concepto aún más completo, pues lo define como "el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (1)

En cuanto al concepto de delito en nuestro Código Penal-Federal, éste ha sido objeto de severas críticas por los autores; pues por una parte su definición es tautológica al preceptuar en el artículo 7: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". A nadie satisface esta definición porque se dice que en la forma como está definido el delito, equivale a decir que: "delito es lo que la ley considera-delito", lo cual no es decir nada al respecto.

(1) La Ley y el delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1980, p. 207.

Además de lo desacertado de la definición legal de delito, hay otros aspectos censurables, así pues, aun cuando dicha definición fuera aceptable, no lo sería su inclusión en el Código Penal, toda vez que es ya una opinión unánime entre los autores el que la definición de delito no debe aparecer en los códigos penales, dado que en la parte especial los códigos definen cada uno de los delitos. Al respecto, es digno de mencionarse el actual Código Penal del Estado de Veracruz en cuya redacción ya no aparece definido el delito. En consecuencia, podemos decir que la definición de delito en la parte general que el Código Penal del Distrito Federal contiene en su artículo 7, además de desacertada resulta superflua.

II. CONCEPTO DE EVASION

A. SIGNIFICADO ETIMOLOGICO

En el delito de evasión de presos el núcleo de la conducta está formado por los verbos "favorecer y proporcionar" la evasión, pero en relación al significado etimológico lo que nos interesa no es el verbo que integra el núcleo de la conducta sino la conducta que consuma el delito, es decir, el término "evasión"; así pues, su etimología proviene del latín *evasio*, *evasum*, sustantivo derivado del verbo *evadere*, de *evadere*, *evasi*, verbo reflexivo cuyo significado es también, fugarse, escaparse, substraerse, huir furtivamente de un lugar cerrado.

En relación a esto último, es importante aclarar que aun que etimológicamente *evadere* signifique salir de un lugar cerrado, para efectos del delito de evasión no necesariamente la fuga tiene que ser de un presidio o algo equivalente, sino que puede producirse de cualquier parte donde se encuentre la persona legalmente privada de su libertad. En ese sentido se pronuncia la doctrina, y con razón puesto que lo im-

portante no es el lugar de la fuga sino la privación de libertad, por tanto, "La evasión puede ser de una cárcel, un hospital, un medio de transporte o de cualquier lugar donde el detenido esté sometido a custodia, así sea de un régimen de detención en semilibertad o abierto". (1).

Pero de acuerdo con nuestra ley penal en vigor no toda fuga es delictiva, pues el favorecer la fuga de un recluso en manicomio por enajenación no es delito, puesto que el artículo 150 no se refiere a personas privadas de su libertad, sino a "una persona detenida, procesada o condenada", pero un demente no tiene la calidad de detenido, procesado ni condenado; lo mismo ocurre con los menores infractores, por tanto, favorecer la fuga de un loco o de un menor infractor no constituye delito, lo cual es absurdo; porque debería sancionarse la fuga de cualquier persona legalmente privada de su libertad, pues hay menores infractores y reclusos enfermos mentales que son más peligrosos que algunos presos. Por eso Cuello Calón nos dice que también debe estar en la ley "comprendido el favorecimiento de la evasión de los detenidos gubernativamente en los establecimientos mencionados, y de los reclusos en cumplimiento de la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social..." (2).

B. CONCEPTO DOCTRINAL DE EVASION

El Código Penal no nos da un concepto de evasión sino que solamente establece las sanciones a los que incurren en ese delito. Por tanto, para saber en qué consiste la evasión de un preso, es necesario recurrir a la doctrina, la cual es abundante en conceptos.

Puig nos da un concepto de evasión no muy acertado, pues

(1) Levene, Ricardo. Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial - Bibliográfica Argentina, t. XI, p. 338.

(2) Op.cit. p. 334.

to que dicho concepto es más aplicable al favorecimiento de evasión que a la evasión misma, pues afirma que "La evasión está integrada por todos aquellos actos que tienden a excarcelar a un detenido en un establecimiento penal, fuera de las vías legales, o proporcionar la fuga del mismo cuando es conducido a él" (1). Tampoco acierta Puig al afirmar que la evasión debe ser de un establecimiento penal o cuando el preso es conducido a él; pues ya vimos que la fuga puede llevarse a cabo de un hospital, de un manicomio, o del Consejo Tutelar, y no necesariamente de un establecimiento penal como Puig lo señala.

"Evadirse -nos dice Maggiore- equivale a sustraerse al estado de restricción de la libertad, y por consiguiente, a liberarse" (2). Un concepto parecido es el de Cuello Calón: "Consiste la evasión en el quebrantamiento del estado de privación de libertad" (3).

Un concepto de evasión bastante aceptable es el siguiente: "Evasión significa la recuperación ilegítima de la libertad, momentánea o definitivamente, por parte de una persona detenida cualquiera sea el lugar en que el hecho se produzca" (4).

III. LA CONDUCTA

De los elementos consubstanciales del delito, sin los cuales éste no existe, el primero al que se debe hacer referencia, de acuerdo con la prelación lógica, es el elemento material u objetivo, es decir, la conducta; la cual consiste,

(1) Puig Peña, Federico. Derecho Penal, t. III, p. 281.

(2) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, vol. III, p. 379.

(3) Op.cit., p. 327.

(4) Varela, Bernardo Carlos. "Cuadernos de los Institutos", --
núm. 107, p. 98.

según Porte Petit, "en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)" (1).

De suma trascendencia resulta el elemento objetivo conductu también llamado acto, acción, hecho, etc., desde el punto de vista de la teoría finalista de la acción, con base en la cual el concepto de la acción es muy distinto a los conceptos causalistas. Así, por ejemplo, Maurach opina: "Por acción en derecho penal se entiende una conducta humana regida por la voluntad orientada a un determinado resultado" (2).

De acuerdo con la corriente finalista todas las conductas típicas se encaminan hacia un determinado objetivo, nadie actúa sino con una finalidad, "La acción humana -afirma Welzel- es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por tanto un acontecer finalista... La finalidad es vidente; - la causalidad es ciega" (3).

Pese a la importancia de esta corriente, se les objeta a sus creadores, en el sentido de que no toda acción es vidente, pues en las conductas culposas sucede que, por una parte, - cuando se prevé no se tiene la certidumbre del resultado, y cuando no se prevé el resultado (siendo previsible), no existe tal finalidad puesto que ni siquiera se previó el resultado dañoso; pero de acuerdo con los finalistas, como no hay finalidad tampoco hay delito culposo, pues toda acción es vidente y lo que no se prevé no es vidente, luego no es delito.

A. EL NUCLEO DE LA CONDUCTA EN LA EVASION

La evasión de presos puede cometerse de diferentes maneras, por tal motivo el Código Penal emplea distintos verbos-

(1) Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, México, 1978, p. 295.

(2) Tratado de Derecho Penal, t. II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 261.

(3) Derecho Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956, p.39.

como núcleo de la conducta; se habla pues, de tres conductas distintas: "favorecer la evasión" (art.150); "proporcionar la evasión" (art.152), y "fugarse" (art.154).

1.- Favorecer la evasión: Primeramente, el artículo 150-se refiere al verbo "favorecer" la evasión; lo cual significa que aquí lo que se sanciona no es la evasión propiamente dicha sino el favorecerla, y en tal virtud la conducta objetiva como núcleo, consiste precisamente en favorecer la evasión -- por cualquier medio capaz de producir el resultado, es decir, la fuga del reo.

Es de importancia aclarar que no cualquier acto que favorezca la fuga convierte al favorecedor en autor de este delito como determinadas personas piensan al afirmar que, "incurre en favorecimiento en la evasión el que presta cualquier medio o tipo de ayuda en la fuga de una persona que se encuentra legalmente privada de su libertad" (1). Pese a lo interesante del artículo que este autor escribe en relación a la fuga de presos, no nos parece afortunado el concepto que nos -- ofrece de favorecimiento de evasión; pues como antes lo señalamos, no basta un simple favorecimiento en la evasión para ser autor del delito, sino que el favorecimiento debe ser de tal manera que exista la relación de causalidad entre tal favorecimiento y la fuga del presidiario, o sea, que el favorecimiento debe ser la causa de la evasión.

Por eso Maggiore dice que el favorecimiento consiste "en suministrar los medios para la fuga, que de otro modo no se habría efectuado" (2). Por consiguiente, no podríamos decir que comete este delito el que favorece la fuga aportando cien pesos que hacen falta para completar cien mil, que es la cantidad necesaria para sobornar al vigilante; en este caso el -

(1) Varela, B. Carlos, op.cit., p. 125.

(2) Op.cit., p. 381.

favorecedor no llega ni a cómplice, en todo caso será encubridor.

En otro orden de ideas, debemos hacer notar que el Código Penal es desacertado y peca por defecto cuando se refiere en el ya citado artículo 150, al favorecimiento de evasión, - pues las conductas tendientes a libertar a los internos no -- siempre son favorecedoras de la fuga, ya que hay "conductas -- más intensas que el simple favorecimiento" (1). Cuando alguien saca o subtrae materialmente al preso, no es precisamente un favorecimiento de evasión, pues en ese caso puede -- ser que se extraiga al reo incluso contra su voluntad, "puede decirse --manifiesta Puig- que en tal caso la cooperación del -- extraído es meramente pasiva" (2). Consecuentemente, mejor -- sería que el Código dijera: "al que favorezca la evasión o -- ponga en libertad a una persona legalmente detenida...".

Otra cuestión importante en relación al favorecimiento - de fuga es que dicho favorecimiento debe provenir de terceros, el que favorece su propia evasión no incurre en este delito - pues la conducta del reo que se evade se sanciona en otro artículo (154) al que nos referiremos más adelante. Por tanto, son los terceros los que se sancionan en el favorecimiento de evasión, lo cual es acertado puesto que con excepción de los parientes cercanos del preso, a ningún otro le está permitido colaborar en una evasión, pues en los terceros no existe el - impulso natural que induce al hombre a librarse de su cautiverio. Por eso Sánchez Tejerina dice: "Si puede justificarse - que el propio recluso realice actos para obtener su libertad, no tiene justificación ninguna y es justa la pena de prisión impuesta a los extraños que favorezcan dicha evasión" (3). Y

(1) Puig Peña, op.cit., p. 281.

(2) Op. cit., p. 282.

(3) Derecho Penal español, t.II, p.164, Madrid, 1950.

en el mismo sentido opina Fontán Balestra al decirnos que la sanción para el tercero que favorece la fuga "se funda en el hecho de que en quien favorece no está en juego el instinto de libertad" (1).

2.- Proporcionar la evasión: En el artículo 150 el núcleo de la conducta consiste, como ya lo vimos, en "favorecer" la evasión de un preso; y en el artículo 152 el núcleo de la conducta se refiere a "proporcionar" la evasión de varios presos.

Tal parece que la única diferencia entre el artículo 150 y el 152, radica en el número de evadidos y la consiguiente agravación de la pena, sin embargo, esto no es del todo cierto, pues la terminología empleada por el Código no deja de causar graves problemas de interpretación, como lo veremos oportunamente.

De acuerdo con lo dicho, consideramos que el Código Penal Federal es desacertado en su terminología al emplear distintos verbos para referirse a una misma conducta delictiva, ya que ambos artículos tienen el mismo contenido, por tanto, con sólo agravar la penalidad era suficiente, sin tener que elaborar otro artículo para el favorecimiento de la fuga tumultuaria.

3.- Fugarse: Por último, el Código utiliza otro verbo como núcleo de la conducta de otro delito distinto a los anteriores, porque se refiere, ya no al favorecimiento de evasión, sino a la evasión propiamente dicha, esto es, a la responsabilidad de los mismos presos que se fugan.

Efectivamente, el artículo 154 establece que la conducta del preso que "se fugue" no tiene sanción alguna siempre que

(1) Derecho Penal, parte especial, p.778, Buenos Aires.

lo haga sin violencia ni de concierto con otros presos. De modo que este artículo sí reconoce en parte el valor de la libertad, sobreponiéndolo al valor del bien jurídico que se lesiona. Don Demetrio Sodi nos dice al respecto que la ley - - "exime de toda pena al preso que se fuga, porque reconoce que tal hecho es la consecuencia del más poderoso instinto: el de procurarse la libertad" (1).

Así pues, de capital importancia es, y por tanto resulta imprescindible, establecer si la conducta del que se fuga debe o no considerarse delictiva. Todos los códigos castigan a los terceros responsables de una fuga de presos; pero muy pocos códigos quedan en el mundo que todavía castigan la autoliberación de un reo, aún sin medios delictuosos, ya sea como fuga o como quebrantamiento de condena, que para el caso es lo mismo. Pero la mayoría de las legislaciones no consideran delictuosa la conducta del preso que se fuga, en razón de que es una conducta no contraria al deber ni al derecho, pues el prófugo sólo obedece sus impulsos naturales de un ser libre.

Verdaderamente resulta admirable y asombroso que aún - - existan códigos que tipifiquen la conducta del que se autolibera, cuando todos los autores coinciden en que esa conducta no debe reprimirse. Así pues, Carrara expresa: "El reo que para huir usa artificios o se aprovecha de la negligencia de sus custodios, obedece a una ley natural y está excusado. Una regla igualmente benigna debe aceptarse respecto de los parientes cercanos" (2).

Indebidamente el Código Penal que nos rige aún reprime - al preso que se evade cuando lo hace con violencia en las personas o de concierto con otros presos (art.154), problema al que nos referiremos al estudiar los medios.

(1) Nuestra Ley Penal, t. II, p.551, México, 1918.

(2) Programa, parágrafo 2813, Edit. Temis, Bogotá, 1973.

B. CLASIFICACION DE LA FUGA EN RELACION A LA CONDUCTA

La evasión de presos indudablemente que puede cometerse mediante una conducta por acción o por omisión. "Este delito -afirma Maggiore- en una o en otra forma, puede tener carácter comisivo y omisivo, la omisión de arrestar al fugitivo y de cerrar la celda" (1). Efectivamente, la fuga de presos es un delito de acción y de omisión; en cuanto a la acción, pensamos que no representa ninguna dificultad imaginar casos de evasión que se realicen a través de una acción, la cual -- puede provenir de cualquier persona que favorezca o colabore a la fuga; "tratándose de terceros particulares, dicha ayuda debe consistir en actos positivos, es decir, en el despliegue de alguna actividad" (2).

En cuanto a la fuga por omisión, sólo es posible que el delito lo cometan los servidores públicos al servicio del Estado "estén o no encargados de la custodia en el caso concreto, pero que tengan no sólo el deber de no favorecer la fuga, sino la obligación de actuar para impedirla, pueden incurrir en favorecimiento mediante la sola inacción o tolerancia, aunque no medie acuerdo previo" (3). La única excepción a lo -- que hemos dicho sería la del particular que detiene al delincuente en flagrante, el cual una vez habiendo detenido al delincuente, aun sin ser funcionario público, sí podrá favorecer la fuga de su detenido mediante una conducta omisiva.

La evasión de presos, en relación a la conducta, también es un delito unisubsistente, pero puede ser plurisubsistente, según se realice con uno o varios actos.

C. CLASIFICACION DE LA FUGA EN RELACION AL RESULTADO

1.- La evasión de presos es un delito instantáneo; porque

(1) Op.cit.

(2) Varela, B. Carlos, op.cit., p. 125.

(3) Ibidem.

tan luego se comete el delito se agota la consumación, es decir, que hay instantaneidad en la consumación; a diferencia del delito permanente en el cual la consumación se prolonga.

2.- La fuga de presos es un delito de resultado material.

3.- La evasión es un delito de daño.

4.- Y también es un delito de peligro.

5.- Es un delito instantáneo pero puede ser un delito continuado; pues si un sujeto decide proporcionar la fuga de diez reos fugándose cada uno de ellos en distintos momentos, es evidente que existen los requisitos del delito continuado; es decir, que se trate de bienes disponibles, la libertad es un bien disponible; que haya pluralidad de conductas; que exista unidad de lesión jurídica o de precepto legal violado, (en cada una de las evasiones se lesiona el mismo objeto jurídico con un solo precepto legal); y por último, debe haber -- unidad de propósito, el favorecedor de la fuga debe proponerse el favorecimiento de la evasión del total de los reos evadidos, para llevarla a cabo en distintos momentos; la unidad de propósito es la base fundamental para establecer el delito continuado.

Porque en realidad en el delito continuado se trata de un concurso real de delitos, es decir, de pluralidad de conductas delictivas independientes, pero que en base a la teoría de la ficción jurídica se considera un solo delito en atención a que en el sujeto existe la unidad de propósito.

Además de los requisitos ya señalados, también se da en el delito continuado de evasión, la identidad de sujeto pasivo. En consecuencia, de lo visto se desprende que efectivamente la evasión puede convertirse en delito continuado.

IV. AUSENCIA DE CONDUCTA

El aspecto negativo de la conducta es la ausencia de la misma; esto es, que no existe delito cuando falta la conducta, y específicamente, no hay conducta cuando falta la voluntad propia en el sujeto para llevar a cabo la acción o la omisión.

HIPOTESIS FACTIBLES EN LA EVASION

Es indudable que la ausencia de conducta en la evasión de presos puede presentarse en varias hipótesis. Nos referiremos a cada una de ellas prescindiendo de las consideraciones doctrinales relativas a su naturaleza jurídica, es decir, que si deben considerarse como casos de ausencia de conducta o de inimputabilidad.

1.- Vis absoluta: No habrá delito cuando alguien favorezca o proporcione la evasión actuando o dejando de actuar (omisión) a virtud de una fuerza física humana que no pueda resistir. El artículo 15 establece: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: I. Obrar el acusado por una fuerza física exterior irresistible".

En nuestro delito sería el caso del vigilante que es retenido materialmente a fin de que no impida la fuga. O el caso del carcelero que para el mismo fin, mediante la fuerza es obligado a abrir la puerta de la prisión.

2.- Fuerza mayor: Consiste en que alguien cometa el delito obligado por una fuerza física irresistible pero de origen natural. Sobre el particular Porte Petit expresa: "La vis maior es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o una inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana" (1).

(1) Apuntamientos..., p. 416.

No es del todo imposible que ocurran casos de evasión -- donde se de una ausencia de conducta a causa de una vis maior. Por ejemplo, cuando un agente encargado de conducir o trasladar a un delincuente ambos son arrastrados por un huracán o -- también es obligado a soltar su detenido por la fuerza de la corriente de un río que intentaban cruzar.

3.- Sueño: En este caso no es posible encontrar ejemplos de evasión donde se presente una ausencia de conducta. Pues las hipótesis posibles de sueño no encuadran en la falta de -- conducta ya que se trata de evasiones culposas o dolosas.

4.- Sonambulismo: El ejemplo de ausencia de conducta en la evasión por sonambulismo, sería el caso del guardián que -- no tiene obligación de permanecer en vigilia; en razón de esta circunstancia, se duerme, y en el transcurso del sueño se levanta y abre la puerta de la cárcel y se le escapan los pre -- sos.

5.- Hipnotismo: Lo mismo que en el sueño y en el sonambulismo, el vigilante, en determinados casos, puede ser res-- ponsable a título de dolo o de culpa; pero en otros casos es factible que se presente la ausencia de conducta por hipnotis-- mo. Así, v. gr. un sujeto hábilmente hipnotiza al centinela y le ordena poner en libertad a los reclusos. En este caso -- el guardián no comete delito porque existe a su favor una cau-- sa de ausencia de conducta, en razón de que su voluntad esta-- ba viciada, no podía autodeterminarse.

CAPITULO TERCERO
EL TIPO Y LA AUSENCIA DE TIPO EN LA EVASION
ELEMENTOS DEL TIPO
CLASIFICACION DE LA FUGA EN ORDEN AL TIPO
LA TIPICIDAD Y LA ATIPICIDAD

I. EL TIPO

Extensa y profunda es la doctrina en relación al tipo, - su importancia es evidente, sin embargo, nosotros sólo daremos una idea general del tipo porque su estudio rebasa los límites de nuestro trabajo. En consecuencia diremos que el tipo no es otra cosa sino la descripción que existe en la ley penal de una conducta estimada delictuosa.

El tipo es definido por Jiménez de Asúa como "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito" (1).

Referente al delito que estudiamos, no es uno sino tres tipos que describen la evasión de reos, puesto que tres son las formas de cometerse el delito, es decir, el favorecimiento de evasión de una persona, (art.150); proporcionar la fuga a varias personas, (art.152), y el tipo que describe y sanciona la autofuga (art.150). Los artículos 151,153 y 155 no son propiamente tipos sino circunstancias que modifican la penalidad establecida en los tipos ya mencionados.

(1) La ley y el delito, p. 335.

II. INEXISTENCIA DE TIPO

Existen conductas humanas que perjudican o dañan algunos bienes o derechos o los ponen en peligro, y que sin embargo - no están descritas en la ley como delictuosas (antijuridicidad material), cuando esto ocurre se dice que hay una ausencia de tipo, la cual, repetimos, consiste en la inexistencia de descripción en la ley de una conducta que debería estar tipificada como delito.

Es importante aclarar que no es lo mismo falta de tipo - que falta de tipicidad; la falta de tipo es la ausencia total de descripción en la ley de una conducta; la falta de tipicidad o atipicidad es la falta de encuadramiento entre la conducta y alguno de los elementos de la descripción legal, como lo veremos al referirnos a la tipicidad y su aspecto negativo.

El tema de la falta de tipo es especialmente importante en relación al delito de fuga de presos, toda vez que existen en el medio penitenciario conductas similares a la evasión -- que el Código Penal no describe ni sanciona.

En efecto, en ninguno de sus artículos se refiere el Código Penal Federal a los funcionarios, vigilantes, carceleros y agentes de policía que permiten la salida temporal (bajo custodia) de los encarcelados; pues esta conducta no encuadra en los tipos que reglamentan la evasión, ya que pensamos que la salida temporal no es propiamente una fuga, pues ésta, como lo veremos oportunamente, se consuma cuando el reo recobra su libertad, es decir, cuando las autoridades ya no tienen el dominio de la custodia del preso. Así lo reconoce Carrara al manifestar que "El momento consumativo de este delito ocurre sólo cuando el arrestado o detenido haya logrado su libertad" (1).

(1) Programa..., parágrafo núm. 2815.

Por consiguiente, en una salida momentánea permitida por los funcionarios encargados de la custodia del reo no hay propiamente una fuga, pues el preso en ese caso no ha recobrado su libertad toda vez que es custodiado a donde quiera que vaya; en estas circunstancias es claro que no hay evasión, y el mismo Carrara lo manifiesta: "En rigurosos términos no resulta aplicable el título de eximición o evasión porque el individuo no es substraído a la mano de la justicia" (1).

De modo que además de defectuosa, la redacción de este delito en el Código Penal es incompleta y por lo mismo podemos decir que esas conductas constituyen un claro ejemplo de ausencia de tipo; no así en el Código Penal del Estado de Veracruz cuyo artículo 277 sí tipifica estas conductas con una sanción atenuada, de tal suerte que ya no quedan impunes estas irregularidades, que, por otra parte, se producen con frecuencia en razón de que la salida de un recluso significan fuertes sumas de dinero.

Sobre el particular, Don Demetrio Sodi opinaba: "Los que conocemos la organización y naturaleza de nuestra policía y los que hemos tenido ocasión de saber que algunos alcaides de Belén han enriquecido, permitiendo, entre otras cosas, que de terminados reos salgan en las noches, de la prisión, quebranten sus condenas y se burlen de los fallos judiciales..." (2). De modo que para que no queden sin sanción estos malos manejos de los internos es urgente establecer un nuevo tipo que castigue esta forma de fuga transitoria.

Pertinente es anotar, ahora que hablamos de ausencia de tipo, que para seguridad de las personas que por algún motivo se encuentren privadas de su libertad o que se hallan prófugas, debería tipificarse como delito independiente, la conduc

(1) Programa..., parágrafo núm. 2814.

(2) Nuestra Ley Penal, t. II, p. 542.

ta de los guardias, vigilantes, celadores y agentes de policía que lesionan o privan de la vida a los presos que se fugan o intentan fugarse de un presidio o de otro lugar. Sería un nuevo tipo que independientemente de las sanciones impuestas por los delitos de homicidio y lesiones, impusiera una sanción adicional a esas conductas injustas.

Es frecuente el caso de que con la mayor facilidad se mata o lesiona a quienes intentan fugarse; lo cual significa -- que la tristemente célebre "Ley Fuga" sigue teniendo vigencia, lo que para nuestra forma de ver, está fuera de toda razón, -- justicia y legalidad; de ahí la conveniencia de establecer un nuevo tipo que regule esas conductas antijurídicas. Pues además de injusto e ilegal, resulta aberrante y absurdo que una persona sea asesinada por intentar fugarse cuando dicha conducta es lícita, en consecuencia se le mata por actuar lícitamente; pero aunque se tratara de una evasión no permitida, -- tampoco se justifica el darle muerte al prófugo puesto que no hay una base legal para proceder en tal forma.

García Ramírez, intentando justificar la injustificable conducta de los guardianes dice al respecto: "...la autoridad, que actúa bajo tensión, activa o expectante, se desborda en la represión de la fuga o en la persecución, a la que se suele denominar, expresivamente, "cacería" de los evadidos. Este es uno de los casos de mayor despliegue de poder permitido; en cierto modo, es la guerra justa, como cuando se contiene un motín. Saben los custodios --continúa diciendo el ahora Procurador general de la República-- que su primera obligación es evitar la evasión y detener a los reos a toda costa. En ello va el prestigio de la cárcel y de la corporación de la que forman parte. Una fuga consumada pone en entredicho la capacidad de las autoridades y la somete, como al cuerpo completo de vigilancia, al desdén de los internos. Además, pro-

picia investigaciones, desconfianza y remoción de funcionarios." (1).

No nos parecen absolutamente válidos los argumentos de García Ramírez en favor de los custodios. Pues habla del "poder permitido" y de la "guerra justa"; podrá ser permitido de hecho pero no legal, y la represión nada tiene de justa; tampoco el desprestigio de la cárcel y de la policía justifican la muerte de los reos que intentan fugarse.

Por eso Pacheco ha dicho: "¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os evadan los presidiarios? Celad su custodia, cuanto sea permitido a la prudencia humana. Pero no extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos y que no fuesen hombres" (2).

Si un hombre intenta fugarse tal conducta no es un crimen y por lo mismo no es lícito matarle, no se puede asesinar a un preso que busca su libertad; y sin embargo esto sucede, los mismos reos y ex reos lo atestiguan en sus memorias que escriben. "...quiso escapar y fue muerto cuando corría tratando de evadirse..." (3). Un testimonio más nos lo proporciona otro ex presidiario de Lecumberri quien cita varios casos de muerte de reos que intentaban fugarse; "...los guardias mataron anoche a Miguel Domínguez Rodríguez. Lo atraparon tratando de escaparse por el techo de la cruzía "L" ... Ahora habíamos visto en acción la ley no escrita, la ley fuga ... Es la pena capital no oficial..." (4).

(1) García Ramírez, Sergio, El final de Lecumberri, p. 194.

(2) Pacheco, Joaquín Francisco, Código Penal concordado y comentado, t. I, p. 504, Madrid, 1856.

(3) Cárdenas Hernández, Gregorio, Adios Lecumberri, pp.33-34, Ed. Diana, México, 1981.

(4) Worker, Dwight, Fuga de Lecumberri, pp.179-180, Ed. Diana, México, 1982.

Cuando los guardias de un presidio asesinan algún reo, - intentan justificar su muerte alegando el intento de fuga del reo, como si tal intento les autorizara a proceder en esa forma. Cuenta León Sánchez que "En el libro de salidas del presidio los hombres aniquilados en tal forma, se anotaban como muertos en un intento de fuga" (1). Los testimonios al respecto son abundantes; en otra parte de su libro anota el mismo Cárdenas Hernández: "...en el aeropuerto, según las crónicas policíacas, se les fugó y lo acribillaron a balazos... le palicaron la ley fuga..." (2).

Si bien es verdad que los guardias son castigados por su negligencia en la custodia de los presos, también es cierto - que si algún preso se fuga, el guardia no será castigado cuando haga lo humanamente posible por evitar la fuga, pero sin matar ni lesionar gravemente al prófugo, su obligación es - - aprehenderlo no matarlo. Todos los guardianes, celadores, jefes de vigilancia y policías en general, piensan (erradamente) que tienen el derecho y el deber de dispararle al reo que se escapa, basta interrogar a cualquier vigilante de las cárceles de México para comprobarlo, incluso en las cárceles que se consideran modelo como la Penitenciaría de Toluca o cualquier otra.

Así por ejemplo, en el sonado caso de la fuga de Joel -- Kaplan las declaraciones de algunos guardias fueron en el sentido de que no habían disparado al helicóptero "porque creyeron que se trataba de la visita de un alto funcionario" (3); - lo cual significa que de no estar en ese error, es decir, que si los vigilantes hubiesen sabido que se trataba de una fuga, sí habrían disparado; y preguntamos: ¿con qué derecho o con ba

(1) La isla de los hombres solos, p.79. Ed. Novaro, México, - 1970.

(2) Op.cit., p. 71.

(3) Asinof, Eliot, "Kaplan, fuga en diez segundos", p. 217, - Ed. Lasser Press, México, 1982.

se en qué ley se apoyan los guardias para impedir una fuga -- con disparos y a costa de vidas humanas?.

Los carceleros tienen el deber de impedir materialmente todo intento de evasión, por la fuerza incluso, pero no dándole muerte al prófugo, porque matándolo no se le reintegra a la prisión sino al sementerio; y esto no es el fin de la pena. Por eso dice Maggiore cuando cita a Manzini: "No es captura - la muerte del fugado, la cual supone -como dice Manzini- el -apoderamiento de un cadáver, pero no de un hombre" (1).

Los reos no son culpables de la mala administración de un penal, lo es el Estado. Si por la falta de elementos de custodia se produce una fuga, es el Estado entonces el responsable de tal fuga; si por la ineficacia de los sistemas penales se producen las evasiones, no se les puede atribuir la -- causa a los presos y tratar de reprimirlos asesinandolos cuando intentan fugarse, pues éstos sólo se aprovechan de la falta de vigilancia para buscar su libertad. Es por lo que se dice que "a la administración compete tomar las medidas necesarias para asegurar coactivamente la privación de la libertad o condena del que se halla detenido o preso sea efectiva" (2); no será efectiva tal detención si el preso es muerto por intentar evadirse.

Debemos recalcar que aunque la autoridad debe someter al reo coactivamente para evitar que se evada, esto no implica que debe someterlo a castigos permanentes o a torturas -- constantes pues "Las evasiones no se evitan por medio de tormentos" (3). Los tormentos antes que evitarlas las propician.

(1) Op.cit. p. 382.

(2) Rodríguez Muñoz, J.A., Derecho penal español, p. 172, Madrid, 1949.

(3) Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho penitenciario, p. 259, México, 1981.

Sólo hay que conocer la historia penitenciaria de México (y del mundo) para darnos cuenta del deshumanizado trato que los presidiarios han recibido; esas páginas de la historia -- son una vergüenza social, pues son los reos los que han recibido los más crueles tormentos a que se puede someter un ser humano.

Por último, es curioso recordar la medida que en la Cárcel de la Acordada se tomó para impedir las evasiones: "Para evitar la fuga de los presos, se soltaban desde las seis de la tarde perros feroces que recorrían durante la noche los patios y vigilaban las puertas de los calabozos" (1).

III. ELEMENTOS DEL TIPO

A. OBJETO O BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR LA NORMA

Las normas penales sancionan las conductas que dañan o ponen en peligro los bienes y derechos de las personas o de la comunidad; aunque puede haber bienes o valores que aún no estén protegidos por las leyes, pues los bienes y valores que pueden ser dañados son múltiples.

Hay delitos en los que el bien que se protege es claro, evidente y único; como en el homicidio, en el cual el bien que se protege es la vida, o en las lesiones la salud. Pero en otros delitos no es tan sencillo establecer cuál es el bien tutelado en la norma, porque no se sabe con precisión -- cuáles son los valores que se lesionan con una conducta. Es el caso, por ejemplo, del delito de estupro o de atentados al pudor.

(1) Malo Camacho, Gustavo, Historia de las cárceles en México, p. 78, Instituto Nacional de Ciencias Penales, cuaderno núm. 5, México, 1979.

Refiriéndose al bien jurídico de nuestro delito, Cuello-Calón no es muy claro al definirlo, y afirma que "...el legislador parece haber considerado como razón de la punibilidad de este delito el público interés en asegurar el mantenimiento del estado de privación de libertad en que los detenidos y presos se encuentran" (1).

No nos parece afortunada la idea que el distinguido jurista tiene respecto al bien jurídico en el delito de evasión. Porque al sancionar la evasión no lo hizo el legislador por atender el interés que la colectividad tiene de que los presos no se escapen. La sanción al delito es en razón de que se dañan otros derechos. González de la Vega, siguiendo la idea de Cuello Calón, manifiesta: "El objeto de la tutela penal en el delito de evasión de presos, radica en el interés público de la estricta observancia y cumplimiento de aquellas limitaciones a la libertad corporal impuestas en los casos legales" (2).

Más acertada nos parece, aunque un tanto abstracta, la opinión de quien afirma que "el objeto jurídico común de estas acriminaciones es la necesidad de impedir toda forma de rebelión contra el régimen coercitivo dispuesto por el Estado para los fines de la prevención y de la represión penales" -- (3).

Nosotros pensamos que en el delito de evasión de presos, objeto de nuestro estudio, no es uno sino tres los valores -- que se protegen en la ley; estos valores son los que en orden de importancia a continuación nos referiremos.

1.- El derecho del Estado a la debida aplicación y ejecu-

(1) Op.cit., p. 335.

(2) El Código Penal comentado, p. 254, México, 1982.

(3) Maggiore, Giuseppe, op.cit. p. 377.

ción de la ley. Es el más importante de los valores que la norma tutela en este delito. Cuando un detenido o procesado se fuga, lo que se lesiona, fundamentalmente, es el derecho que tiene el Estado para aplicar la ley, puesto que en tal situación el juzgador ya no podrá aplicar la ley en ausencia -- del reo; y cuando se evade un sentenciado, la ley ya se aplicó, pero no es posible llevar a cabo su ejecución por la misma razón de que el delincuente está prófugo, por tanto, en este último caso lo que se impide con una fuga es la ejecución de la ley, que aunado con el caso anterior nos lleva a la conclusión de que el bien que se lesiona en este delito, es, en primer lugar, el derecho del Estado a la debida aplicación y ejecución de la ley.

2.- La seguridad colectiva. No se puede negar que la seguridad pública sea otro bien jurídico que la ley ampara en el delito en cuestión, pero nos resistimos a aceptar que sea el principal y el único bien tutelado en la norma. Sin embargo, hay autores que al referirse al objeto jurídico tutelado, solamente hacen alusión a la seguridad pública.

3.- La seguridad y rehabilitación del evadido. Seguramente que en este delito también se protege, en particular, al mismo preso. La seguridad y rehabilitación de la persona que se encuentra privada de su libertad, son bienes que al Estado le interesa resguardar; si un sujeto se fuga, se supone que aún no está rehabilitado socialmente, y por lo mismo es una persona peligrosa, con probabilidades de que repita el delito que antes cometió u otros delitos diferentes, lo cual es un perjuicio para la comunidad, pero también le daña al mismo evadido por las consecuencias concernientes, ya que si por ejemplo, los evadidos son reclusos por enfermedad mental o toxicómanos, es innegable que su seguridad se pone en peligro mayor. De lo anterior se desprende que la ley también tutela

otro bien en este delito consistente en la seguridad y rehabilitación del preso.

B. OBJETO MATERIAL

En una forma genérica podemos definir el objeto material como el cuerpo físico de una persona o de una cosa sobre la cual recae la conducta que consuma el delito.

El objeto material en nuestro delito es la persona o personas evadidas; que en determinadas circunstancias el objeto-material, es decir el o los evadidos, se identifican con el - sujeto activo y el sujeto pasivo.

La fuga de presos se puede cometer en tres formas diferentes porque tres son los tipos que la sancionan, y tres artículos más que modifican la sanción; por tanto, el objeto material en la evasión en general, se dice que es una persona, - pero no cualquier persona, sino que en cada uno de los tipos mencionados se especifican las cualidades del objeto material a las que nos referiremos en seguida.

Tocante al artículo 150, el objeto material tiene que - ser un detenido, un procesado, o un condenado.

Es de importancia señalar que este artículo (150) indebidamente limita la calidad del objeto material, o sea, del evadido, pues al establecer que el fugado debe ser un detenido, - procesado, o un condenado, da a entender que favorecer la evasión de una persona privada de su libertad que no tenga esas- características no sería delito, v. gr. favorecer la fuga de personas sometidas a una medida de seguridad, es decir, enfermos mentales, toxicómanos, menores infractores, etc. Más correcto sería que el Código empleara una ffomula genérica que se refiriera a una persona privada de su libertad, sin mencionar a nadie en especial.

Porque especificar la calidad del sujeto evadido, además de los inconvenientes antes señalados provoca otros problemas de importancia, como lo son el que sea considerada delictuosa la conducta del que favorece la fuga de un procesado en libertad bajo fianza o caución, puesto que la ley no especifica la calidad del procesado, por lo cual debemos entender que cualquier procesado.

Lo mismo se puede decir de la evasión de un condenado -- con goce de libertad preparatoria o en semilibertad por preliberación, todo lo cual resulta absurdo; y todavía más aberrante resulta que, de acuerdo con el artículo 152, proporcionar la fuga de muchos procesados con goce de libertad (por -- fianza), no es delito, puesto que el artículo 152 sí establece que el sujeto debe estar privado de su libertad; en consecuencia, proporcionar la evasión de un procesado o condenado restringidos de su libertad sí es delito; pero proporcionar la fuga de muchos procesados o condenados en esas mismas circunstancias no constituye delito.

Con lo anterior se ve claramente que la redacción del artículo 150 es demasiado defectuosa pues peca de casuística, -- repite innecesariamente las calidades del fugado puesto que -- un procesado y un condenado son también detenidos.

Por eso muchos de los códigos extranjeros y algunos nacionales sólo se refieren a una persona "legalmente detenida" (1) o "legalmente privada de su libertad" (2), sin especificar la calidad del sujeto, lo cual nos parece acertado.

Mientras tanto nosotros debemos interpretar que cuando -- el Código nuestro se refiere a "detenido" tendrá que ser detenido legalmente, pues sería absurdo pensar que hay delito de

(1) Código Penal argentino, art. 280.

(2) Código Penal del Estado de Veracruz, art. 276.

evasión cuando alguien favorece la fuga de un detenido ilegalmente (privación ilegal de libertad). Por ello es importante, para que haya fuga que la detención sea legal. Así lo reconoce Fontán Balestra cuando dice que "no es preciso que la detención sea intrínsecamente justa, lo que se requiere es que sea legal" (1).

Por otra parte, el Código Penal vigente no hace referencia a la calidad del mismo detenido, es decir, si se refiere a cualquier detenido o a un detenido por delito, como lo hace el Código italiano (art. 385).

Pensamos que como el Código no distingue qué clase de detenido, se debe interpretar que cualquier detenido, incluso el detenido por infracciones administrativas. Soler nos dice al respecto: "Es evidente, en efecto, que se encuentra legalmente detenido tanto el sujeto que lo está por orden del juez como el que se halla en esa condición por disposición emanada de autoridad administrativa" (2).

En consecuencia, el objeto material en la evasión es cualquier detenido, aun los inimputables sometidos a una medida de seguridad o de tutela, puesto que estas personas también están detenidas a virtud de una disposición legal aplicada -- por autoridad administrativa o judicial; por tanto, son detenciones legales, lo cual significa que el favorecer su fuga -- también se sanciona de acuerdo con el artículo 150.

Si como se ha dicho que cualquier detenido legalmente es el objeto material de este delito, debemos pensar que el lugar de la evasión es indiferente, dado que un detenido puede encontrarse en diferentes lugares, ya sea un hospital, un mani

(1) Fontán Balestra, Carlos, op.cit., p. 777.

(2) Soler, Sebastián, Derecho Penal argentino, t.V, p.295, -- Buenos Aires, 1956.

comio, una escuela de instrucción para sordomudos, etc.

"Por consiguiente -afirma Maggiore- uno puede evadirse - de la cárcel, de un recinto, o de un vehículo (carro celular) o lugar abierto durante el traslado del detenido, o de un campo cerrado con alambre de púas durante el trabajo al aire libre" (1). A este respecto la doctrina coincide en que la fuga puede llevarse a cabo de cualquier lugar donde se encuentre el detenido, "no es preciso que la fuga se produzca de un lugar determinado; puede producirse de un vehículo, ..." (2).

De modo que el objeto material en el artículo 150 es - cualquier detenido, procesado o condenado, pero lo importante es también que sea una sola persona, porque si son más de una ya no se estará en el caso del artículo 150 sino en el 152, cuya terminología también es censurable por su ambigüedad; pues cuando se refiere al objeto material habla de la evasión de "varias" personas, lo cual es confuso porque no aclara qué se entiende por "varias personas"; ¿querrá decir más de una persona? o ¿más de dos?, lo ideal sería que el Código dijera "la evasión de dos o más personas"; que seguramente es a lo que el legislador quiso referirse pero que no se refirió. Algunos códigos extranjeros sí establecen el número de evadidos en la evasión agravada al señalar el favorecimiento de la evasión de "tres o más personas" (3).

Por último, en el artículo 154 podemos decir que el objeto material también es una persona, pero tal persona según este artículo, debe ser un preso. Tampoco es aceptable la terminología empleada por este artículo toda vez que no se sabe si un preso es lo mismo que cualquier detenido, por eso también aquí lo acertado sería que el Código se refiriera a "una

(1) Op.cit., p. 379.

(2) Fontán Balestra, op.cit., p. 778.

(3) Código Penal argentino, artículo 339.

persona legalmente detenida" o legalmente privada de su liber
tad.

En relación al objeto material en la evasión, es decir, -
los evadidos, haremos en seguida un resumen en cuanto a su ca
lidad o situación jurídica:

- 1.- Fuga de personas legalmente detenidas.
- 2.- Fuga de personas detenidas en forma ilegal.
- 3.- Fuga de un detenido por particulares in fraganti.
- 4.- Fuga de un detenido por particulares en otro momento.
- 5.- Fuga de un testigo obligado a comparecer a declarar.
- 6.- Fuga de un arrestado por autoridad administrativa.
- 7.- Fuga de una persona arraigada por orden judicial.
- 8.- Fuga de un procesado privado de su libertad.
- 9.- Fuga de un procesado en libertad bajo fianza.
- 10.- Fuga de un procesado inocente.
- 11.- Fuga de condenados.
- 12.- Fuga de retenidos.
- 13.- Fuga de condenados con goce de libertad preparatoria
o libertad preliberacional.
- 14.- Fuga de reclusos por enajenación.
- 15.- Fuga de reclusos sordomudos.
- 16.- Fuga de toxicómanos.
- 17.- Fuga de menores infractores.

C. SUJETO ACTIVO

Otro elemento del tipo es el sujeto activo, el cual con
siste en la persona física que realiza el delito o participa-
en su ejecución.

En el delito de evasión también el sujeto activo reviste
distintas modalidades en razón de que son distintos los tipos
que regulan la fuga. Nos referiremos a cada una de las cali
dades que la ley exige en cada tipo.

1.- Cualquier persona. Por lo que se refiere a la evasión que sancionan los artículos 150 y 152 en su primera parte, cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito, excepto el mismo evadido, cuya conducta se regula especialmente en el artículo 154. En este sentido se pronuncia Soler al afirmar: "El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, particular o funcionario público, pero no está comprendido el mismo evadido, cuyo hecho es imputable, siempre en forma autónoma" (1).

2.- El encargado de conducir o custodiar al prófugo. En su parte segunda el artículo 150 establece otra especie de sujeto activo: el encargado de custodiar o conducir al preso -- evadido.

La cuestión importante en este caso es saber si el encargado de conducir o custodiar al reo lo es también el que detiene a una persona en flagrante delito, dado que el particular tiene el deber y el derecho de aprehender al delincuente in fraganti, pero no tiene el cargo para custodiarlo y conducirlo, pues nadie le ha dado el cargo, esa parece ser la idea que Maggiore tiene al respecto cuando expresa que "el cargo - puede ser temporal, pero debe efectuarse siempre (la custodia) por razones del cargo. Por tanto, no puede responder de este delito el particular que ha arrestado a un delincuente in fraganti" (2).

No podemos admitir como válido el argumento anterior del jurista italiano, porque ciertamente, el particular que detiene al delincuente in fraganti no tiene el nombramiento oficial del cargo para custodiar y conducir al detenido, pero nosotros pensamos que la ley al autorizar la detención le está dando el cargo implícitamente, toda vez que le impone un de--

(1) Soler, Sebastián, op.cit., p. 300.

(2) Maggiore, op.cit., p. 382.

ber, pero un deber completo, no un deber fraccionado; el espíritu de la ley debe ser en ese sentido puesto que la ley no le va imponer a un particular el deber de aprehender al delincuente en el momento de los hechos y al mismo tiempo le autoriza soltarlo en el momento de conducirlo a la autoridad, es absurda la conclusión a que nos lleva el argumento de Maggiore.

De modo que el encargado de la custodia también lo es - un particular, pero por lo general son los empleados públicos al servicio de los diferentes organismos policíacos y militares.

Otra cuestión importante en relación al sujeto activo, - en su calidad de "encargado de la custodia y conducción del prófugo" es que el delito de evasión, acompañado de cohecho y otros delitos más, se comete todos los días por los diferentes grupos policíacos, que mediante dinero se abstienen de -- presentar a sus detenidos ante la autoridad respectiva; y lo mismo se puede decir de algunos Agentes del Ministerio Público que se abstienen de ejercitar acción penal poniendo en libertad a delincuentes incluso de alta peligrosidad. Por eso, de todos es conocido, con algunas excepciones, que sólo el -- que no tiene suficiente dinero permanece encarcelado; y que -- las cárceles son para los pobres, para los que no alcanzan a comprar a los agentes de policía o del Ministerio Público, al juez o en último caso, tampoco tienen recursos para asesorarse de un abogado de renombre.

A este respecto, ya es conocida la frase de que "en la -- cárcel no se castiga el delito, se castiga la pobreza". En -- efecto, poderoso caballero es don dinero..., pues hay quien -- por tener todos los elementos, sale en libertad aunque sea un delincuente peligroso, y hay quienes por no contar ni para -- una fianza permanecen detenidos. Por ello se dice que hay --

reos que nunca debieron haber llegado a la cárcel y otros que nunca deben salir, pero con frecuencia ocurre lo contrario, - por obra del dinero.

3.- Cualquier trabajador del establecimiento. También puede ser sujeto activo de la evasión cualquier trabajador -- del establecimiento, así lo establece el artículo 152 en su segunda parte, que lógicamente, no es necesario ser el encargado de la custodia del reo sino que basta con ser cualquier empleado del establecimiento, es decir, el barrendero, el cocinero, etc., lo importante es que trabaje en el establecimiento.

Claramente se ve que el artículo 152 no es muy acertado al mencionar esta clase de sujeto activo, porque además, no es muy claro al referirse al establecimiento, puesto que si varios detenidos son conducidos pero se les proporciona su libertad por parte de los encargados de trasladarlos, no sabría mos a cuál establecimiento se refiere la ley, si al establecimiento a donde son conducidos o al establecimiento de donde provienen.

4.- Los mismos presos. También pueden ser sujetos activos del delito de evasión los mismos presos en dos casos diferentes:

a).- Cuando favorezcan o proporcionen la evasión a que se refieren los artículos 150 y 152, es decir, que teniendo la calidad de presos favorezcan o proporcionen la evasión de algunos de sus compañeros de cárcel; pero para que el preso sea sujeto activo de favorecimiento de fuga, es necesario que el preso favorecedor no se escape en la misma evasión, porque en tal caso ya no se le sanciona como favorecedor, de acuerdo con el artículo 150, sino en base al artículo 154 que sanciona la fuga de concierto con otros presos.

Sobre el particular manifiesta Soler que "puede ser favorecedor un codetenido; pero para ello es preciso que su acción no tienda también a su propia fuga" (1); porque de ser así ya estaríamos en el caso siguiente.

b).- Cuando se fuguen de concierto con otros presos o con violencia en las personas (art.154). Ciertamente, este artículo no se refiere a los presos que favorecen la evasión sino a los presos que se fugan. Por tanto, según este artículo, el sujeto activo tiene que ser un preso, y es presocualquier detenido legalmente, "este delito lo pueden cometer ciertamente todos los detenidos, cualquiera que sea su clase..." (2)

Es importante aclarar a este respecto, que no es suficiente el simple "concierto" para que el preso sea sujeto activo, es necesario además del concierto, que se fugue por lo menos otro preso; lo cual significa que si varios presos intentan fugarse previo concierto, pero solamente lo logra uno de ellos, éste no puede ser castigado por el delito de fuga de concierto, porque ciertamente hubo concierto, pero no se fugó ningún otro como lo exige el artículo 154.

5.- Los parientes del evadido. Excepcionalmente los parientes próximos del evadido también podrán ser sujetos activos del delito de evasión. Por regla general, según el artículo 151, los parientes cercanos del preso están exentos de pena, pero cuando le favorezcan su fuga por medio de la violencia sobre las personas o de fuerza en las cosas pierden su exención.

Lo censurable en este artículo es que solamente se refiere a determinados parientes y no toma en cuenta otros igual--

(1) Op.cit.

(2) Puig Peña, Federico, op.cit., p. 280.

mente importantes; como son los parientes por adopción, concubinato, etc., como lo hacen ya algunos códigos de los Estados; o también sería conveniente utilizar una fórmula genérica, como lo hacen algunos códigos extranjeros diciendo: "y personas ligadas por una relación de crianza" (1).

D. CLASIFICACION DE LA FUGA EN ORDEN AL SUJETO ACTIVO

1.- Es un delito común o indiferente. Pero únicamente - en lo que a la primera parte de los artículos 150 y 152 se refiere, puesto que en esa primera parte tales artículos no requieren ninguna calidad en el sujeto activo, cualquiera puede serlo.

2.- Es un delito propio ó exclusivo. Es propio o exclusivo, atendiendo solamente al artículo 154 y la segunda parte de los artículos 150 y 152, en los cuales sí se requieren determinadas características en el sujeto activo, es decir, - que sea el encargado de conducir o custodiar al prófugo (art. 150); que sea trabajador del establecimiento (art.152), y el artículo 154 requiere que el sujeto activo sea un preso.

3.- Es un delito especial en sentido amplio. Esta clasificación es para efectos del sujeto activo exigido en los artículos 150 y 152 en su parte segunda. Toda vez que esta clase de delitos son los que siendo comunes o indiferentes, reciben una agravación en la penalidad cuando los cometen determinados sujetos (2), que es el caso de los artículos señalados.

4.- Es un delito de propia mano. Le corresponde esta -- clasificación al tipo descrito en el artículo 154, dado que la conducta que describe, únicamente la puede llevar a cabo el propio preso y ninguna otra persona, ya que sólo el preso -- puede fugarse.

(1) Código Penal alemán, artículo 52.

(2) Maurach, op.cít., t.I, p. 291.

5.- Es un delito monosubjetivo. Porque no requiere pluralidad en el sujeto activo; aunque podrían ser dos o más los sujetos activos de la evasión, pero no necesariamente.

E. SUJETO PASIVO

Entendemos por sujeto pasivo del delito, la persona o -- personas que resultan perjudicadas en el bien o derecho tutelado por la norma. En el delito de evasión de presos no es -- uno sino tres los sujetos pasivos, ya que tanto el Estado, la colectividad como el evadido mismo, resultan ser los afectados en sus bienes y sus derechos cuando se dañan los valores protegidos en la ley. Nos referiremos a estos tres sujetos pasivos del delito de evasión, a fin de ser más explícitos.

1.- El Estado. Como persona jurídica el Estado tiene -- bienes y derechos que la ley protege. Como lo vimos al analizar el bien jurídico, el Estado tiene el derecho, por medio -- de sus órganos, de aplicar y ejecutar la ley; pero cuando se produce una evasión se quebranta ese derecho, puesto que se imposibilita la aplicación y ejecución de la ley; por consiguiente, es el Estado el que resulta, en este caso, lesionado en sus derechos.

2.- La colectividad. En segundo término, la colectividad también es sujeto pasivo de este delito, porque igualmente resulta perjudicada en sus derechos. Pues por una parte, -- los derechos del Estado son derechos de la comunidad que el -- Estado ejercita en nombre de aquélla; y por otro lado, la comunidad también es lesionada directamente, toda vez que la colectividad tiene derecho a gozar de seguridad.

La seguridad tiene un valor que se protege en sí mismo -- y en forma autónoma, es decir, independientemente de los da-

ños que se le pudieran ocasionar en el futuro (1). La colectividad, como sujeto pasivo de este delito, es dañada en su seguridad en razón directa con el número de evadidos y su peligrosidad.

Asimismo, la colectividad también es sujeto pasivo de este delito, en razón, ya no de un daño, sino de un peligro; - es decir, con las evasiones, la comunidad, además de ser dañada en su seguridad, se ponen en peligro sus bienes y derechos por la peligrosidad de los reos evadidos, que por no haber -- cumplido su condena son sujetos no rehabilitados; o incluso - pensamos en el peligro que para la comunidad significa una - evasión de enfermos mentales, toxicómanos o de menores infractores de alta peligrosidad y no rehabilitados.

3.- Los evadidos. Por último, debemos decir que los -- evadidos son igualmente, sujetos pasivos del delito de fuga.

Las personas fugadas podrán ser sujetos pasivos, principalmente, en casos de fugas de personas de suma peligrosidad, como enfermos emntales, toxicómanos, menores infractores, y - criminales en general; casos en los cuales, dichos sujetos, - en determinada medida, igualmente resultan perjudicados con - su evasión; pues por una parte, ya no contarán con la protección o tutela del Estado, pero además, es evidente que dichos sujetos son un real peligro para ellos mismos.

En consecuencia, diremos que en determinados casos de - evasión, una misma persona podrá reunir la triple calidad de - sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material; situación que solamente en este delito se presenta o tal vez en algún otro que sería difícil encontrar.

(1) Soler, op.cit., t.IV, p. 517.

F. LOS MEDIOS

Otro elemento del tipo lo constituyen los medios exigidos por la ley en cada delito; pero por lo que a la evasión se refiere, los medios sólo son tomados en cuenta en forma excepcional; ya que en general, el delito puede cometerse por cualquier medio, pues el tipo no requiere medios específicos. A continuación analizaremos cada uno de los medios que nuestro Código Penal regula en este delito.

1.- Violencia en las personas. Por regla general, los parientes del preso que le favorecen su fuga están exentos de responsabilidad; lo mismo sucede con el preso que se evade. Pero si el preso para fugarse, o los parientes para favorecer su fuga utilizan la violencia, sí son sancionados. Pero no basta la simple violencia, sino que es necesario que esa violencia sea sobre las personas; pero pensamos que las personas víctimas de la violencia, han de ser los que tienen el deber de impedir la fuga; de tal suerte que si un particular intenta evitar la evasión de un preso y es objeto de violencia, no podría afirmarse que hubo fuga con violencia, toda vez que la violencia se llevó a cabo sobre una persona extraña que no tenía obligación ni derecho de evitar la fuga. En este caso el particular tampoco podría alegar que intentó impedir la fuga porque se trataba de un delito flagrante, porque no había delito, pues la fuga simple no es delito; por tanto, el particular no tenía por qué detener al prófugo.

Por otra parte, la violencia sobre las personas puede -- ser física o moral. La violencia física será cualquier agresión material a los custodios u otras personas que tengan el deber de hacer lo posible por impedir la fuga; y "la violencia moral la constituyen las amenazas, los amagos que hacen que los guardias de los presos no impidan, por el temor, la fuga de éstos" (1).

(1) Sodi, Demetrio, op.cit., p. 546.

2.- Fuerza en las cosas. El privilegio que los parientes del preso tienen de no ser penados por favorecerle su fuga, desaparece si el favorecimiento lo realizan mediante fuerza en las cosas; no así en el preso, el cual sí podrá fugarse aun mediante fuerza en las cosas, sin que por ello sea sancionado por evasión, pero sí por los delitos que se causen con dicha fuerza, ya que ésta "puede recaer no solamente sobre lo que es propiamente cárcel. Hay fuerza en las cosas si se rompe la puerta del vehículo de conducción de presos, si se violenta la puerta de la sala del tribunal en que se halla el -- preso" (1).

Diremos, sin embargo, que no todo lo que se rompe en una fuga constituye necesariamente lo que la ley llama "fuerza en las cosas" (artículo 151), pues "el simple tirón dado a la -- puerta de la celda, que se abrió, no importa la existencia de la fuerza en las cosas" (2). Tampoco será considerada fuerza en las cosas como medio para cometer la evasión, la ruptura de alguna cosa que aunque no se hubiese roto se habría producido la fuga; como el ejemplo que Soler menciona: "...se juzga generalmente que la ruptura de los hierros que sujetan a un preso (esposas) no constituye ruptura de cárcel" (3).

Por consiguiente, los medios utilizados para la fuga, ya sea la violencia en las personas o la fuerza en las cosas, deben ser la causa eficiente de la evasión, es decir, que debe haber relación causal entre los medios requeridos por la ley y la evasión, ya que la simple fuga no es delito para el preso y los parientes cercanos; para que se convierta en delictuosa tiene que ser producto de los medios establecidos en la ley; "la evasión debe guardar una relación estrecha con la -- violencia o la fuerza, de manera que éstas constituyan medios

(1) Soler, Sebastián, Derecho Penal argentino, t.V, p.297.

(2) Levene, Ricardo, op.cit., p. 339.

(3) Op.cit., p. 298.

para lograrla" (1). De tal suerte que si un preso ya fuera - de la cárcel, regresa a darle muerte (venganza) al guardia, - esta forma de violencia no haría delictuosa la evasión, dado- que no fue el medio para fugarse, pues ya se había fugado.

Otra cuestión importante es saber si en una fuga con vio- lencia en las personas o fuerza en las cosas cometida por ter- ceros compromete al reo fugado aunque éste no participe de -- esos medios. En efecto, "acerca del empleo de la fuerza o -- violencia ha surgido la cuestión relativa a saber si es el -- propio evadido el que debe valerse de una u otra, realizándo- la personalmente o si basta con que la aproveche siendo un -- tercero el que la cometa" (2). La respuesta a esta interro- gante de D. Eusebio Gómez nos la da Maggiore quien manifiesta: "La violencia y la fractura deben ser imputables al agente. - No hay delito cuando éste se fuga sirviéndose de la violencia o la fractura debidas a otros" (3). Esta situación pensamos- que es aplicable también a los parientes del preso, esto es, - la violencia o la fuerza han de ser imputables a los parientes del preso: no será punible la evasión para los parientes favo- recedores si la violencia o la fuerza es ejecutada por el pre- so o por otras personas.

3.- Obrar de concierto con otros presos. Otro de los me- dios que convierten en delictuosa la autoliberación es el es- tablecido en el artículo 154 del Código Penal, que se refiere a la fuga realizada de concierto con otros presos.

Debemos decir que tanto este medio que la ley requiere, - como la violencia y la fuerza, no deberían ser considerados - para convertir en delictuosa la fuga y por tanto no sancionar a los parientes próximos del preso y tampoco al propio reo, - puesto que la violencia y la fuerza en las cosas ya son con--

(1) Soler, op. cit., p. 297.

(2) Gómez, Eusebio, Leyes penales anotadas, t.IV, p. 190.

(3) Maggiore, op. cit., p. 381.

ductas sancionadas independientemente.

En ese sentido se pronuncia D. Antonio de P. Moreno al decirnos que "no goza de la exención de la pena el prófugo -- cuando para lograr su evasión hace uso de la violencia en las personas. Desaparece así, injustificadamente, el reconocimiento de la ley al deseo instintivo y legítimo del privado de su libertad, de lograr el goce del más grande de los derechos del hombre" (1).

Los ejemplos de fugas de concierto que se han producido en las cárceles de México son abundantes, pero un caso claro de fuga de concierto en el que al mismo tiempo se presentó el favorecimiento de evasión de terceros y el favorecimiento de fuga por parientes próximos, fue el sonado caso de la fuga de Mr. Joel Kaplan de la Penitenciaría de la Ciudad de México -- (Sta. Martha A.). En este caso es evidente que Kaplan sí cometió delito (aunque él y otros pensaron que no hubo delito) -- (2), porque en realidad Kaplan se fugó de concierto con otro preso (Contreras), y por tanto le era aplicable el artículo -- 154).

G. CLASIFICACION DE LA FUGA EN ORDEN AL TIPO

1.- La evasión de presos es un tipo fundamental o básico en relación al artículo 150, porque su descripción es la base para la formación de otros tipos que de éste se derivan.

2.- La evasión es un tipo independiente o autónomo, porque su existencia no depende de ningún otro tipo.

3.- Es un tipo especial privilegiado (art.154), porque la pena es disminuida cuando se trata del preso que se fuga.

(1) Moreno, Antonio de P., Curso de Derecho Penal, p. 337.

(2) Asinof, E., "Kaplan" Fuga en diez segundos, pp. 158 y 218.

4.- Es un tipo especial cualificado (art.152), pues en este caso se agrava la penalidad por tratarse de la evasión de varias personas.

5.- La evasión de presos es un tipo de formulación libre (artículos 150 y 152), pues no se establecen límites o medios para realizar la conducta descrita.

6.- También es un tipo de formulación casuística en lo que se refiere a los artículos 151 y 154, pues en estos artículos sí se establecen los medios de llevar a cabo la conducta típica.

IV. LA TIPICIDAD

Se define la tipicidad como "la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo" (1). Por consiguiente, habrá tipicidad en el delito de evasión de presos, cuando la conducta de una persona concuerde o encuadre exactamente con alguno de los tipos descritos por el Código Penal en los artículos 150- al 154, de no ser así no habrá delito, dado que no hay delito sin tipicidad, pues ya es universal la máxima de nullum crimen, nulla poena sine lege.

El principio anteriormente citado significa que "nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente" (2).

El artículo 14 de nuestra Constitución establece en el tercer párrafo que: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de

(1) Porte Petit, Celestino, Apuntamientos..., p. 471.

(2) Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, p. 96.

razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Con la fórmula citada anteriormente, la Constitución recoge el principio ya señalado de que no debe haber delito ni pena sin previa ley, y que no es otra cosa sino la tipicidad.

V. LA ATIPICIDAD

Si la tipicidad es el encuadramiento o adecuación de una conducta con la descripción legal, la atipicidad o falta de tipicidad será lo contrario, es decir, la no conformidad de la conducta con lo descrito en el tipo.

La atipicidad es pues, el aspecto negativo de la tipicidad; de modo que cuando en una conducta falte alguno de los elementos del tipo, no habrá delito, pues nullum crimen, nulla poena sine lege.

Por eso es importante que la elaboración de los tipos sea lo más acertada posible, porque la mala redacción de un tipo legal da como resultado que se sancionen conductas que no deben sancionarse, o se dejan sin sancionar otras que sí deben tipificarse, casos con los cuales se producen una serie de atipicidades y por tanto de ausencia de delito; pues determinadas conductas aunque deberían ser punibles no lo son por no encuadrar exactamente en el tipo descrito por la ley. Por eso se dice que "todo tipo debe contener los elementos necesarios y suficientes para proteger el bien jurídico que es su razón de ser. Si un tipo contiene elementos de más o de menos será anormal por exceso o por defecto" (1)

(1) Herrera Lasso, Eduardo, Garantías constitucionales en materia penal, p. 45, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

Así pues, en la evasión de presos, objeto de nuestra investigación, sí se dan casos (abundantes) de atipicidades por la pésima redacción de este delito. En general, las atipicidades se presentan por falta de alguno de los elementos del tipo, es decir, por falta de bien jurídico, o porque no se --reunan las calidades del sujeto activo o del objeto material; o por falta de los medios requeridos por el tipo o cualquier otro elemento que el mismo requiera.

Así por ejemplo, la ley habla de la evasión de un detenido (art.150), pero debemos entender que la detención debe ser legal, pues de no ser así no será detenido y por tanto habrá atipicidad por falta de calidad en el objeto material de la evasión aunque la fuga se llevará a cabo mediante violencia - o fuerza en las cosas.

"En general, -afirma Carrara- se puede decir que siempre que el encarcelamiento sea manifiestamente ilegítimo; la fuga del detenido no es un delito, y faltando el delito principal de la fuga, ésta no puede volverse delictiva por el medio" (1).

De manera que, en base a lo ya dicho, no habrá favorecimiento de evasión cuando se produzca una fuga de un detenido por un delito que se persigue a petición de parte y sin -previa querrela de la parte interesada, ya que en este caso estamos frente a una detención claramente ilegal y por tanto es una hipótesis de atipicidad por falta de calidad en el objeto material, (el detenido).

Un ejemplo más de atipicidad en la evasión es cuando la fuga se favorece por los parientes del evadido pero con medios distintos a los señalados por la ley (violencia en las personas o fuerza en las cosas) en el artículo 151, de modo-

(1) Carrara, F., Programa..., parágrafo núm. 2819, nota 1.

que si la evasión la favorecen mediante cohecho no será delictuosa, tampoco será delito cuando el favorecedor de la fuga - invierta los medios, es decir, no con violencia en las personas, sino en las cosas; no mediante fuerza en las cosas, sino en las personas; asimismo, no será delito favorecer la evasión de un pariente de los señalados en la ley, mediante la muerte del guardián realizada sin violencia (envenenamiento), o por cualquier medio que no sea de los que la ley establece (art.151).

En efecto, "la ley requiere que la evasión tenga efecto por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas, de modo que la fuga lograda por cualquier otro medio no constituye delito" (1), porque habrá una atipicidad por falta de los medios exigidos por la ley.

A. RESUMEN DE ATIPICIDADES EN LA EVASION (del artículo 150)

1.- Favorecer la evasión de una persona sometida a una medida de seguridad, es decir, de un recluso por demencia, un sordomudo, un toxicómano o de un menor infractor.

2.- Favorecer la evasión de una persona restringida de su libertad por arraigo.

3.- La fuga de un preso favorecida por el encargado de la custodia, siendo éste alguno de los parientes del preso -- mencionados en el artículo 151.

4.- Favorecer la fuga de un detenido por particulares.

5.- Favorecer la evasión de un pariente mediante violencia en las cosas.

(1) Fontán Balestra, op.cit., p. 778.

6.- Favorecer la fuga de un pariente (de los que cita el art. 151) por medio de la fuerza en las personas.

7.- Favorecer la fuga de alguno de los parientes ya citados, mediante homicidio del vigilante cometido sin violencia ni fuerza (envenenamiento); o por cualquier medio que no sea la fuerza en las cosas ni la violencia en las personas (cohecho).

8.- La evasión de un preso favorecida por un empleado del penal pero sin ser el encargado de la custodia del reo; - en este caso hay atipicidad sólo por lo que se refiere a no ser condenado a la pérdida del empleo.

9.- El favorecimiento de fuga de un preso por otro preso que también se fuga. Hay atipicidad en relación al artículo 150, toda vez que en este caso ya no se aplica dicho artículo sino el 154.

B. ATIPICIDADES EN EL ARTICULO 152

1.- Proporcionar la evasión de varias personas procesadas pero en libertad mediante fianza o caución.

2.- Proporcionar la fuga de varias personas restringidas de su libertad por arraigo.

3.- Proporcionar la evasión de varias personas detenidas por autoridad incompetente.

4.- Proporcionar la fuga de varios individuos detenidos por particulares, no in fraganti (detención ilegal).

5.- Proporcionar la evasión de muchas personas presas pero en diferentes momentos para cada prófugo (delito continuado).

6.- La fuga de varios presos proporcionada por agentes policíacos, pero sin ser éstos empleados del establecimiento. En este caso sólo hay atipicidad en relación a la sanción de pérdida del empleo e inhabilitación.

C. ATIPICIDADES EN EL ARTICULO 154

1.- La fuga de una persona sometida a una medida de seguridad, es decir, un recluso por demencia (se fuga en momentos de lucidez), un sordomudo, etc., casos en los cuales aunque la fuga se realizara con violencia o de concierto habría atipicidad en virtud de que no se trata de un "preso" como lo requiere la ley.

2.- La fuga de un preso favorecida por el guardián. En esta hipótesis hay atipicidad para el preso y tipicidad para el vigilante.

3.- Fuga de un preso llevada a cabo por otras personas con violencia sobre los vigilantes pero sin que el preso participe de la violencia.

4.- Fuga de un preso obrando de concierto con otros presos pero sin que se evada ninguno de los otros sino solamente él.

5.- La fuga de muchos presos sin que hayan obrado de concierto. Sería el caso del preso que para evadirse hace explotar una bomba o cava un tunel, circunstancias que los demás presos aprovechan para evadirse.

6.- Fuga de varios procesados con goce de libertad bajo fianza, llevada a cabo de concierto.

7.- La fuga de un preso llevada a cabo con violencia o fuerza en las cosas.

8.- La autoliberación de un preso realizada mediante homicidio cometido sin violencia (envenenamiento del celador).

9.- La fuga de un preso realizada por medio de engaños - al carcelero (le da un narcótico o un somnífero).

CAPITULO CUARTO
LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE LICITUD
LA IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

I. LA ANTIJURIDICIDAD

"La antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado" (1). Una conducta humana para que sea considerada como delito tendrá que tener la característica de ser antijurídica, amén de las demás características propias del delito. Ahora bien, la cuestión está en saber cuándo una conducta es antijurídica.

Genéricamente podríamos decir que una conducta es antijurídica cuando se opone al orden jurídico; pues en general, se dice que la antijuridicidad es lo opuesto, lo contrario al derecho, pero este concepto no es del todo explicativo, ya -- que solamente nos dice el significado del término, anti = lo opuesto, jure = derecho, o sea, lo opuesto al derecho, pero -- no nos dice qué es lo opuesto al derecho.

Para definir la antijuridicidad de una conducta se ha venido empleando una fórmula negativa, es decir, que una conducta es antijurídica si además de ser típica no está protegida por alguna de las causas de licitud o justificación. Así lo manifiesta Pönte Petit al decirnos que "al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación" (2).

(1) Carrancá y Rivas, Raúl, El Drama penal, p.40, México, 1982.
(2) Importancia de la dogmática jurídico penal, p.41, México, 1954.

En el mismo sentido se expresa Carrancá y Rivas: "es antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas de justificación" (1). Por tanto, no todas las conductas típicas son delictuosas, pero sí todas las conductas delictuosas deben ser típicas; una conducta típica pero no delictuosa es la que se encuentra tipificada pero justificada por una causa de licitud; por lo cual toda conducta antijurídica tiene que ser típica pero no toda conducta típica es antijurídica. "Una acción típica -afirma Mezger- no es siempre antijurídica. No lo es si existe una causa de exclusión del injusto" (2).

En consecuencia, en una evasión de presos, la conducta de los causantes de dicha evasión, será antijurídica siempre que sea típica y no esté amparada por alguna de las causas de licitud.

Sin embargo, no todas las evasiones que son antijurídicas son delictuosas, así por ejemplo, la fuga del preso favorecida por sus parientes cercanos no es delictuosa pese a ser antijurídica; la conducta del mismo preso que se fuga también es antijurídica puesto que es típica y no está amparada por ninguna causa de licitud. En este caso lo que sucede es que tal conducta a pesar de ser típica y antijurídica no es culpable; y no lo es en razón de que tal conducta no es reprochable, dado que una conducta "puede ser antijurídica sin ser culpable" (3).

Consecuentemente, la conducta del preso que se fuga sí es típica y antijurídica pero no se puede reprochar al reo porque los móviles de una fuga no son con el afán de dañar, -

(1) El Drama penal, p. 44.

(2) Mezger, Edmundo, Derecho Penal, t.I, p.159, B. Aires, 1958.

(3) Porte Petit, Celestino, Apuntamientos..., p. 487, México, 1978.

pues sólo obedecen a la misma naturaleza del hombre de conservarse libre, la fuga no tiene un fin dañoso, no es con intención dañina sino al contrario, se persigue ganar un bien que es estimado en el más alto grado: la libertad.

Por eso decimos que pese a ser antijurídica la conducta del que se evade, no es sin embargo reprochable, pues "no puede humanamente esperarse de un hombre el que por su propia voluntad y teniendo facilidad para evitarlo, se someta al rigor e incomodidad de la pena" (1). Nadie va a consentir en ser -esclavo de un penal voluntariamente, eso no sería digno de un hombre; sólo individuos excepcionales son capaces de soportar placenteramente el dolor de su cautiverio; por eso, la fuga -del presidiario, cualquiera que sea el medio empleado, siem--pre tiene algo de dignidad.

"Lo que excusa al encarcelado que se fuga -escribe Pacheco- no es la idea de que pueda ser inocente: lo que le excusa es el instinto necesario de la naturaleza humana que nos -hace huir el mal, evitar el dolor" (2).

II. LAS CAUSAS DEL LICITUD O DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de licitud o de justificación; éstas se definen como "aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica" (3). Es decir, que una conducta aunque sea típica puede no ser delictiva si existe una causa de licitud que la proteja; lo cual significa que -en ese caso la conducta no es antijurídica, y no lo es porque

(1) Rodríguez Muñoz, J.A., op.cit., p. 172.

(2) Código Penal concordado y comentado, t.I, p.504.

(3) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de -Derecho Penal, p. 181, México, 1975.

no va contra el derecho, no se opone a las normas jurídicas, sino que va de acuerdo con el derecho.

En el delito que nos ocupa, sí es posible que se presenten las mencionadas causas de justificación, es decir, se puede presentar una legítima defensa, un estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el impedimento legítimo, como a continuación lo veremos.

A. LEGITIMA DEFENSA

Indudablemente que la legítima defensa es una causa de ilicitud que podría excluir lo antijurídico en una conducta de una persona responsable en una evasión. Pensemos en el caso de la persona que favorece la evasión de un detenido facilitándole un automóvil para que huya, evitando así el peligro y los daños que sufre el detenido por una arbitraria e injusta detención; o también el caso de los detenidos que se fugan de concierto o con violencia, por la misma razón de que los policías los detienen sin motivo y además los golpean, caso en el cual los detenidos se fugan pero sólo como medio de defensa, por tanto no habría delito pues la defensa sería legítima ya que se trataba de repeler una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resultaba un peligro inminente, que son los requisitos que para este caso marca el artículo 15 fracción III del Código Penal.

De modo que una fuga en esas circunstancias no sería delictiva puesto que el fin de tal fuga no era precisamente oponerse a la detención, sino repeler la agresión de que con motivo de la detención eran objeto los detenidos. A este respecto nos dice Maggiore que "el arresto tiene que ser legítimo, es decir, conforme a las normas dictadas por la ley sobre la limitación de la libertad personal ... la ilegalidad del-

arresto es (produce una) causa de justificación del delito" - (1).

B. ESTADO DE NECESIDAD

Es otra de las causas de justificación que anula la anti-juridicidad, y opera cuando para salvar un bien jurídico ante la amenaza de un peligro inminente, se lesiona otro bien de menor jerarquía pero también protegido por una norma de derecho.

Para Soler, el estado de necesidad consiste en "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico" (2).

Importa hacer notar que el Código Penal desafortunadamente, al reglamentar el estado de necesidad (art.15 fracc.IV), no distingue la magnitud de los bienes y por tanto el estado de necesidad opera como excluyente de responsabilidad, para salvar bienes, lesionando otros aun de mayor valor que el bien salvado, lo cual es incorrecto, dado que el bien que se salva debe ser de más importancia que el bien que se sacrifica.

En cuanto a nuestro delito a estudio, indudablemente que sí se puede presentar esta excluyente. Sería el ejemplo del carcelero que ante la amenaza de un incendio en el presidio, pone en libertad a los presos para evitar que éstos sean incinerados en vida; o también el caso de los mismos presos que de concierto y con violencia se fugan para salvar su vida puesta en grave peligro por un incendio o algo similar.

En este sentido opina Maggiore; he aquí sus palabras: -- "la anti-juridicidad del hecho desaparece si el reo obró bajo-

(1) Op.cit., p. 378.

(2) Derecho Penal argentino, t.I, p.418, B. Aires, 1956.

la coacción moral de un estado de necesidad (incendio, terremoto)" (1).

Otra hipótesis de un estado de necesidad en la evasión - sería el caso del mismo guardián que permite la salida de los presos para que se restablezcan de su salud, toda vez que la cárcel no cuenta con los medios estrictamente indispensables para la sobrevivencia de los reos, y como consecuencia de - - ello los presos morirían irremediamente de inanición.

El ejemplo anterior no es un caso que solamente se vea - en literatura, se da en la realidad. Así, García Ramírez cita un caso con estas características, en el cual pensamos que habría podido alegarse un estado de necesidad a favor del reo; pues según nos cuenta, cuando el poeta M. José Othón tuvo necesidad de trabajar como juez, ocurrió que los presos cada -- vez estaban más flacos, enfermos, y sufrían toda clase de ma-les; ante esa situación, por demás deplorable, decidió el poeta soltar los presos para que pidieran limosna y así se ali--mentaran para poder restablecer su salud; la salida de la -- cárcel fue con la condición de que todos volverían por las noches so pena de ser reaprehendidos y castigados. Al princi--pio cumplieron los reos con su promesa, pero con el tiempo la cárcel se estaba quedando vacía y ante la visita de inspec--ción se vio obligado el poeta Othón a reunir gente extraña - al penal para justificar la ausencia de los presos, pero la - farsa no resultó y el poeta fue destituido y procesado por - fuga (2). Pero como antes dijimos, en este caso era procedente aducir un estado de necesidad.

Actualmente la situación carcelaria sigue siendo igual, - sólo que ya existen algunos centros penitenciarios con modernas técnicas de rehabilitación, pero en muchos otros aún no -

(1) Op.cit., p. 380.

(2) García Ramírez, Sergio, Manual de prisiones, p.211, Méxi-co, 1980'

se aplican los adelantos que existen en la materia; de tal suerte que la fuga de este tipo de cárceles se justifica por un estado de necesidad, pues si algunos presos se fugan porque piensan que con su evasión se benefician ellos mismos y la sociedad más que con su condena a prisión, puesto que si la cárcel donde se encuentran presos es de aquellas tan corrompidas a las que se les ha calificado de "escuelas del crimen", es evidente que su reclusión resulta contraproducente, pues en lugar de que el preso se rehabilite, se corromperá y al salir libre podrá causar más daños a la sociedad y a él mismo que si se fuga antes de su corrupción.

De aquí la importancia de la rehabilitación del preso, porque de no llevarse a cabo, no tiene objeto la sanción privativa de la libertad; "la verdadera reforma de un sistema penal nos dice Carrancá y Rivas- ha de comenzar en las cárceles, y si no es así más vale que ningún juez envíe a prisión a un reo" (1), y si lo envía más valdría que se fugara, antes que se convirtiera en un sujeto peligroso víctima del vicio y la maldad, "pues hundido éste en un mundo de ociosidad y desvergüenza nada ha de conquistar en beneficio de la sociedad a la que ofendió" (2).

De lo que precede se desprende que en esos casos si opera un estado de necesidad en el delito de evasión, pues es claro que se daña un bien pero se salvan otros de más valor; y utilizando las palabras de D. Dimitrio Sodi diremos que en tales circunstancias "la evasión lejos de perjudicar a la sociedad, es, al contrario, una especie de ventaja" (3).

Otra hipótesis en la cual tampoco sería antijurídica la conducta en la evasión a virtud de un estado de necesidad, -

(1) Derecho Penitenciario, p. 180.

(2) Idem, p. 182.

(3) Nuestra ley penal, t.II, p. 545.

sería cuando los presos se fugan para salvar su vida por una amenaza de muerte por parte de los mismos reos que integran el penal.

De la misma manera, tampoco habría delito en razón de un estado de necesidad, cuando la fuga se lleve a cabo para evitar la ejecución de una sentencia cuya pena es la de muerte.

C. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

Una causa más de licitud que deja sin efecto la antijuridicidad es el cumplimiento de un deber, que el Código Penal - vigente reglamenta en el artículo 15 fracción V, y según este artículo, el cumplimiento de un deber ha de estar establecido en una ley para que tenga efectos de excluyente de responsabilidad.

Se trata de cumplir con deberes que la ley establece pero que al mismo tiempo otra norma ordena un deber contrario; es, pues, un conflicto de deberes impuesto por la ley en el cual se sobrepone el de mayor importancia, es decir, se debe cumplir con el de mayor valor o jerarquía. Porque al dejar de cumplir un deber que la ley ordena, se lesiona un bien que está protegido por una norma, pero tal lesión a ese bien se justifica porque se salva un bien de mayor jerarquía cumpliendo con otro deber establecido en la ley.

Indudablemente que en el delito de evasión de presos sí es factible que se presenten hipótesis de ausencia de delito por concurrir el cumplimiento de un deber como justificante; así por ejemplo, la Constitución, en su artículo 107, fracc. XVIII, impone a los alcaides y carceleros, el deber de poner en libertad al preso cuando en el término de 72 horas no recibía copia del auto de formal prisión que justifique la detención del mismo; en este caso no habría delito de evasión por

parte del carcelero, puesto que a su favor existe una causa de licitud, es decir, el cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

Otro caso de fuga en cumplimiento de un deber sería la hipótesis de los presos que se evaden cuando el país se encuentra en estado de guerra y dichos presos deciden de concierto, evadirse de la prisión para ir al campo de batalla a luchar en defensa de su patria; normalmente esa fuga sería delictuosa, pero en virtud del cumplimiento de un deber, no lo es; toda vez que la misma Constitución (art. 31 fracc. III), ordena que los mexicanos tienen el deber de alistarse y servir en la Guardia Nacional, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior.

Consecuentemente, según lo dicho, los presos que se fugan para cumplir con este deber que impone la Ley Fundamental, no cometen el delito de evasión porque su conducta, aunque típica, está respaldada por un deber de más trascendencia. No podría objetarse esta causa de licitud argumentando que un preso tiene suspendidos sus derechos y que por tanto, no puede ejercitar ese derecho que marca la Constitución, porque a ese argumento diremos que la pena de prisión según el artículo 46 del Código Penal, solamente produce la suspensión de los derechos políticos, de ciudadanía y algunos otros derechos civiles, pero no suspende los derechos de nacionalidad; los derechos de nacionalidad sólo se pierden con la pérdida de la misma nacionalidad, por lo cual un preso tiene los mismos deberes de todo mexicano.

D. EJERCICIO DE UN DERECHO

Al lado del cumplimiento de un deber, se encuentra reglamentado en el Código Penal, el ejercicio de un derecho, que lo

mismo que el deber, ha de estar consignado en una ley (art. 15 fracc. V).

En realidad, la fracción V del artículo 15 resulta por de más superflua, dado que si el cumplimiento de un deber y el -- ejercicio de un derecho están consignados en una ley, ya no es necesario que otra norma les dé validez, sería lo mismo que si existiera una norma que estableciera: "son circunstancias ex-- cluyentes de responsabilidad, las que las leyes establezcan", -- lo cual es absurdo.

En cuanto al delito que nos ocupa, pensamos que también -- es posible encontrar casos en los cuales opere el ejercicio de un derecho como causa de justificación; por ejemplo, cuando un preso obtiene su boleta de libertad pero el carcelero se niega a dejarlo libre, entonces, el preso, haciendo uso de la violen-- cia sobre el guardián, logra su libertad; o también el caso de los que en igual situación, deciden fugarse rompiendo las puer-- tas del presidio, casos en los cuales los presos no podrían -- ser procesados por fuga, puesto que la fuga presupone un esta-- do de privación legal de libertad, y en estos casos los presos ya habían sido declarados libres, pero el carcelero se negaba-- a liberarlos, por lo que éstos ejercitando su derecho de liber-- tad logran salir de cualquier forma.

En efecto, la libertad es un derecho, y como dijo D. Deme-- trio Sodi, "no delinque el que ejercita un derecho" (1), y en-- base a lo dicho por Sodi, A. de P. Moreno agrega: "podría de-- cirse entonces, teniendo en consideración el pensamiento del -- ilustre desaparecido, que el que se fuga queda amparado por la excluyente de responsabilidad penal que consigna la fracción V del artículo 15 del Código Penal" (2).

(1) Ob. cit. p. 552.

(2) Curso de Derecho Penal, parte especial, p.339, México, 1968

E. IMPEDIMESNTO LEGITIMO

Es una más de las causas que excluyen la antijuridicidad; se encuentra regulada también en el artículo 15 pero en la - - fracción VIII: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando - de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo".

Realmente esta causa de justificación es una especie del cumplimiento de un deber, puesto que el impedimento legítimo - no es otra cosa que el incumplimiento o no cumplimiento de un deber por cumplir con otro deber de mayor jerarquía; sin embargo, sí existe alguna diferencia entre ambas justificantes, y - ésta radica en que en el cumplimiento de un deber se viola una norma mediante una conducta de acción, mientras que en el impe dimento legítimo se quebranta la norma con una conducta omisiva.

En relación al delito que estudiamos, no son muy abundantes las hipótesis factibles de fuga de presos en las que pudiera aplicarse el impedimento legítimo como causa de licitud; pero aunque escasas, sí podemos encontrar hipótesis de fuga de - reos en las que pudiera aducirse el impedimento legítimo; así por ejemplo, los alcaides y carceleros tienen el deber de cumplir con sus funciones de custodia y vigilancia e impedir que los presos se evadan, so pena de incurrir en el delito de evasión; pero en determinadas circunstancias se pretende llevar a cabo una fuga de un preso por una parte y de varios presos por otra; ante tal alternativa, el carcelero opta por no impedir - la evasión del preso (omisión), pero sí impide la fuga de los otros presidiarios; en este caso, el guardián comete el delito de evasión de un preso porque teniendo el deber de impedir su fuga no lo hizo, pero el delito no se configura porque la fuga se llevó a cabo por un impedimento legítimo, puesto que en el momento de actuar se le presentaron dos deberes: o impedir la evasión de un preso o impedir la evasión de varios presos, - -

obviamente tenía que cumplir con el deber de mayor trascendencia; violó una norma (art. 150), pero cumplió con otra de más importancia (artículo 152).

III. LA IMPUTABILIDAD

Comúnmente se concibe la imputabilidad como la aptitud o capacidad de querer y entender en el campo jurídico penal, es decir, que el sujeto del delito tenga capacidad de autodeterminación y conocimiento normales para responder en el ámbito del derecho penal.

Es importante señalar que entre otros problemas en torno a la imputabilidad, está el relativo al establecimiento de su naturaleza jurídica, es decir, que si debe entenderse como un elemento del delito, como un presupuesto del mismo, o como un presupuesto de la culpabilidad. Esta última tesis es la más aceptada por la generalidad de los autores; en efecto, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, puesto que no puede haber culpabilidad sin imputabilidad, no puede haber dolo donde no existe capacidad de conocimiento, por eso Mezger dice "la imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles" (1), por tanto la imputabilidad es la capacidad de ser culpable.

Citaré también el concepto de imputabilidad que Castellanos Tena nos ofrece en su obra; he aquí sus palabras: "La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo" (2).

(1) Derecho Penal, t. I, p. 201, Buenos Aires, 1958.

(2) Ob. cit. p. 218.

ACTIONES LIBERAE IN CAUSA

Por regla general, para que una persona se le considere imputable, o sea, con capacidad de voluntad y comprensión, es necesario, según el concepto de imputabilidad de Castellanos Tena ya citado, que esa capacidad de entendimiento la tenga el sujeto "en el momento del acto típico penal" (1); sin embargo, excepcionalmente también se consideran imputables quienes voluntariamente pierden sus facultades psicológicas y en tal estado realizan conductas delictuosas.

En la figura delictiva, objeto de este trabajo, es fácil-imaginar situaciones en las cuales se cometa una evasión de presos mediante una actio libera in causa; es el caso del vigilante que en estado de embriaguez abre las puertas de la prisión para que se escapen los reos. En este caso, el vigilante no es imputable porque no gozaba de la capacidad o aptitud mental necesaria para conocer y valorar sus actos, pero tal estado fue provocado voluntariamente por el mismo sujeto, ya que cuando decidió embriagarse sí contaba con sus facultades mentales normales de un imputable, por tanto es imputable.

Otro ejemplo que podemos citar en teoría donde se puede presentar una actio libera in causa en el delito de evasión, sería el caso del guardián que voluntariamente se somete a un estado hipnótico, ya sea con intención de soltar los presos o sin ella, pero el hipnotizador se vale de él para llevar a cabo la evasión; en ambos casos el hipnotizado será culpable a título de dolo o culpa, puesto que voluntariamente se sometió a la hipnosis.

(1) Castellanos Tena, ob. cit.

IV. INIMPUTABILIDAD

El aspecto negativo de la imputabilidad lo constituye la inimputabilidad; consecuentemente, si la imputabilidad es la capacidad de entendimiento y voluntad en el campo jurídico penal, la inimputabilidad será la incapacidad o falta de capacidad para entender y querer en el aspecto del derecho penal.

De modo que para que haya delito se requiere que el sujeto sea imputable al momento de cometerlo, esto es, que tenga la capacidad psicológica requerida para ser considerado delincuente; si el individuo carece de esa aptitud mental al realizar la conducta típica, estamos frente a un caso de inimputabilidad, y por tanto, de ausencia de delito.

De acuerdo con nuestra ley penal, a los inimputables se les aplica una medida de seguridad, o sea, que ni se les procesa penalmente ni se les pone en libertad, con excepción de un solo caso: el del artículo 15 fracción II, al cual nos referiremos en las líneas subsecuentes.

Doctrinalmente la imputabilidad o falta de capacidad en los sujetos se presenta en formas diversas, como lo veremos en seguida:

A. FALTA DE DESARROLLO MENTAL

En este caso se trata fundamentalmente de los inimputables por minoría de edad, y específicamente, de los menores de 18 años, según las leyes del Distrito Federal; pues el límite de edad establecida para no ser considerado delincuente varía en cada uno de los Estados de la República y también según las leyes de cada país, pero en general, esa edad fluctúa entre los 16 y los 20 años. Sea una edad u otra, lo cierto es que los menores de edad han quedado por completo al margen del de

recho penal en todas las legislaciones civilizadas, pues esta especie de inimputables se encuentra bajo la tutela del Estado y regidos por leyes especialmente para menores. De modo que una fuga favorecida o realizada por menores sin que intervenga ninguna persona mayor, no tiene trascendencia en el ámbito penal, ya que estos sujetos, a causa de su corta edad, se considera que son incapaces de responder penalmente de sus actos.

B. RETRASO MENTAL

Esta forma de inimputabilidad se aplica a las personas -- privadas de su capacidad de lenguaje y su sentido de audición; al respecto, el artículo 67 del Código Penal dispone: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción". Este artículo que reglamenta el retraso mental, se considera defectuoso o incompleto, toda vez que no especifica qué se debe hacer con los sordomudos que delinquento pero que ya están educados e instruídos.

C. FALTA DE SALUD MENTAL

Dentro de esta forma de inimputabilidad existen dos especies a saber: el trastorno mental permanente y el transitorio.

1.- Trastorno mental permanente. He aquí lo que el artículo 68 del Código Penal establece: "Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluídos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo". De manera que en este caso, una fuga de los internos de un manicomio sólo tendrá efectos -

penales si en ella participa alguna persona imputable.

También el artículo antes mencionado deja mucho que de- - sear, dado que no se refiere a las personas que no están del - todo enajenadas, sino que solamente tienen, en cierta forma, - disminuida su capacidad, no están completamente locos, pero -- tampoco gozan de cabal salud, (imputabilidad disminuida).

2.- Trastorno mental transitorio. Esta es la única forma- de inimputabilidad que el Código reglamenta como una causa que excluye la incriminación; es decir, que al autor de una conducta delictiva no se le aplicará ninguna sanción corporal ni tampoco medida de seguridad alguna, puesto que legalmente es inimputable. Esto ocurrirá siempre y cuando el trastorno mental - tenga las características requeridas por el artículo 15 frac-- ción II, es decir, que en el momento de cometer el delito, el- individuo se encuentre "en un estado de inconsciencia de sus - actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de- sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un es tado tox infeccioso agudo o por un trastorno mental involunta-- rio de carácter patológico y transitorio".

Indudablemente que todas las formas de inimputabilidad -- pueden tener cabida, teóricamente, en el delito de fuga de pre- sos; sólo que según nuestra ley penal en vigor, a los inimputables no se les deja en libertad sino que deben responder so- - cialmente y por tanto han de someterse a una medida de seguri- dad, excepción hecha de los casos de trastorno mental transitorio previsto en el artículo 15 fracción II del Código Penal.

Con base en el artículo antes mencionado, no será conside- rado delincuente el vigilante de presos que inocentemente bebe un café o una limonada que los internos del penal le invitan, - sin imaginar que dicha bebida contiene sustancias cuyos efec- tos le trastornarán las facultades mentales y en tal estado -- les dará la libertad a los presidiarios.

CAPITULO QUINTO
CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD
EN LA EVASION

I. LA CULPABILIDAD

Con la culpabilidad entramos al más importante de los elementos del delito, ya que se trata del aspecto subjetivo. En principio debemos establecer un concepto de la culpabilidad, - pero esto no es posible sin antes referirnos a las teorías que al respecto existen, pues cualquier concepto de la culpabilidad tiene que ser en base a alguna de dichas teorías, es decir, la teoría sicologista y la normativa.

A. TEORIAS O DOCTRINAS DE LA CULPABILIDAD.

1.- Teoría psicológica. De acuerdo con esta teoría se conceptúa la culpabilidad con fundamento en el aspecto psicológico del sujeto, vinculándolo al resultado de su conducta.

He aquí el concepto de Franz von Liszt, "la culpabilidad consiste en la responsabilidad del sujeto por la conducta o acto ilícito que éste ha cometido" (1). Castellanos Tena nos -- proporciona un concepto eminentemente sicologista; estas son sus palabras: "consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto" (2). Por te Petit manifiesta que la culpabilidad consiste en "...un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado". (3).

(1) Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 387, Madrid, 1927.

(2) Ob. cit. p. 232.

(3) Importancia de la dogmática jurídico penal, p. 49. México, 1954.

La teoría psicológica, pese a su reconocida importancia, no escapó a la censura, y en la actualidad se considera en parte superada por el normativismo. Se le objeta al sicologismo el hecho de que para establecer la culpabilidad se funda únicamente en el nexo psicológico que existe entre el agente del delito y el resultado de su conducta, pues ese nexo psicológico sólo es válido en los casos de conductas dolosas pero para las culposas no, porque en este caso es evidente que el sujeto no quiere ni desea el resultado, y por tanto, no puede haber nexo psicológico donde no hay intención.

2.- Teoría normativa. Aceptada por la mayoría de los autores, la teoría normativa de la culpabilidad ha venido a corregir los inconvenientes del sicologismo; el normativismo ya no se funda en aspectos puramente psicológicos, sino que además toma en cuenta otros aspectos en base a un juicio de valoración. Por ello, en base a esta teoría, para que haya culpabilidad no es suficiente el nexo psicológico sino que es necesario además, que la conducta sea reprochable, por eso se define la culpabilidad como reprochabilidad.

En efecto, he aquí lo que Maurach escribe: "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, -continúa diciendo- se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a derecho, aun cuando podía decidirse en favor del derecho" (1).

De modo que el normativismo conceptúa la culpabilidad en base a la reprochabilidad de la conducta que viola una norma de derecho y una norma de deber, porque como afirma Goldschmidt, "al lado de cada norma de derecho que determina la conducta ex

(1) Tratado de Derecho Penal, t. II, p. 14, Barcelona, 1962.

terior, hay una norma de deber que exige una correspondiente - conducta interior" (1).

La culpabilidad se traduce pues, en reprochabilidad; un - sujeto será culpable cuando su conducta sea reprochable; y entendemos que la conducta es reprochable cuando el sujeto no actúa conforme a derecho habiendo podido hacerlo. Por tanto, -- una conducta no es reprochable cuando el sujeto actúa aun contra el derecho por no poder actuar en otra forma, por lo cual no se le puede exigir una conducta conforme a derecho porque - cualquier persona digna habría actuado en la misma forma.

En consecuencia, para establecer la culpabilidad es necesario hacer previamente un juicio de reproche; por eso Cuello-Calón ha dicho que la culpabilidad "es un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por - la ley" (2).

De manera que en base al normativismo, si un sujeto puede actuar en otra forma que no sea la que produjo el resultado típico, esa conducta sí es reprochable; porque una norma prohibitiva o imperativa establece la obligación de actuar o no actuar y si un individuo quebrante esa obligación pudiendo no hacerlo, su conducta sí es reprochable, dado que "la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una obligación de - omitir tal conducta" (3).

B. FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad se manifiesta en dos especies que son el-

-
- (1) La concepción normativa de la culpabilidad, p. 10.
 (2) Derecho Penal, t. I, p. 358.
 (3) Goldschmidt, James, ob. cit. p. 6.

dolo y la culpa. Analizaremos en seguida estas formas de la culpabilidad y nos referiremos a la preterintencionalidad, que según nuestra opinión no es una forma más de culpabilidad, sino una acumulación de las dos anteriores.

1. EL DOLO

La principal forma de culpabilidad está representada por el dolo, el cual conceptuamos como la intención consciente de contravenir el deber o la voluntad de llevar a cabo conscientemente una conducta catalogada como delito. Actuaría dolosamente un sujeto cuando queriendo un resultado típico realiza una conducta para producirlo a sabiendas de que actúa contraviniendo el deber. En relación al dolo Cuello Calón ha dicho: "el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso" (1). Y Mezger puntualiza que "el dolo es la comisión del hecho con conciencia y voluntad" (2).

a) Elementos del dolo.- De los conceptos del dolo mencionados, podemos desprender dos elementos: el elemento intelectual y el emocional o volitivo.

1) Elemento intelectual.- El elemento intelectual (conciencia) consiste en el conocimiento, por parte del agente, de dos aspectos o situaciones: por una parte el conocimiento de la realización del elemento objetivo descrito en el tipo, es decir, el conocimiento de la conducta típica, y en segundo lugar el elemento intelectual también requiere que haya conocimiento de que la conducta que se realiza es contraria al deber, que es antijurídica.

(1) Ob. cit. p. 302.

(2) Ob. cit. p. 226.

2) Elemento volitivo.- El elemento emocional (intención o voluntad) consiste en que el sujeto quiera realizar la conducta y quiera o acepte el resultado típico que ella produce.

b) Clases de dolo.- Muchas clasificaciones existen del dolo y por lo mismo muchas especies, pero fundamentalmente, se habla de tres especies a saber: dolo directo, dolo eventual y dolo de consecuencia necesaria o de segundo grado. Hay dolo directo cuando al realizar una conducta se quiere y se prevé un resultado típico; hay dolo eventual cuando al realizar una conducta se prevé un resultado que no se quiere o no se desea, pero es aceptado en caso de producirse; y el dolo de consecuencia necesaria o también llamado dolo directo de segundo grado, se presenta cuando en una conducta se ha de producir necesariamente otro resultado típico previsto pero no deseado.

c) Evasión de presos dolosa.- El delito que analizamos -- puede cometerse con las tres especies de dolo arriba mencionadas, pues no hay dificultad para imaginar casos de evasión cometida con dolo directo y eventual; en cuanto al dolo de consecuencia necesaria se pueden suponer hipótesis que podrían presentarse en la realidad. Sería el ejemplo de los presos que para fugarse han de hacer explotar una bomba precisamente en el lugar donde se encuentran los vigilantes; en este caso es evidente que no se desea la muerte de los celadores, pero es inevitable que se produzca. O también, en el mismo ejemplo, tampoco se desea que otras personas se escapen, sin embargo, se escaparán aprovechando la abertura hecha por la explosión.

En cuanto al elemento subjetivo en la evasión, (dolo), -- que es el tema que nos ocupa, debemos citar la opinión de Puig; he aquí lo que al respecto escribe: "es necesaria una voluntad firme de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la pena, por lo que no delinque el reo que sale a otorgar un poder y --

vuelve a la cárcel inmediata y espontáneamente" (1).

No nos parece acertada la idea de Puig en relación al elemento subjetivo del injusto del delito de fuga en el caso que él señala; pues en primer lugar, el reo que se evade no comete delito aunque no regrese a la prisión, pues su conducta, ya lo hemos dicho, no es antijurídica; pero suponiendo que se evadiera con medios violentos, los cuales convierten la evasión en delictuosa, y que regresa espontáneamente como Puig señala, -- ese regreso voluntario y la intención de evadirse sólo por determinado tiempo no le quita el carácter delictuoso a la fuga -- como lo pretende este autor. Y si esto es así para el reo, -- con mayor razón lo será para el guardián que le permite la salida; pues en relación al elemento subjetivo en el delito de favorecimiento de fuga por parte de los custodios, Cuello Calón con exactitud manifiesta: "El elemento subjetivo de este delito está constituido por la conciencia del deber de custodiar al preso impidiendo su evasión y por la voluntad de quebrantar el estado de privación de libertad de aquél" (2).

Por consiguiente, en una fuga, aunque sea momentánea, se quebranta el estado de privación de libertad y consecuentemente, el delito se consuma.

Es interesante observar que ante la importancia de la custodia de los presos, y porque casi todas las evasiones son planeadas en colaboración con los celadores, existen códigos penales extranjeros que para efectos de la evasión establecen la presunción del dolo para los celadores; he aquí un ejemplo de estas normas: "En toda evasión de presos la ley presume la connivencia entre éstos y el guardador" (2).

(1) Puig Peña, Federico, Derecho Penal, t. III, p. 279.

(2) Derecho Penal, t. II, p. 408.

(3) Código Penal de Paraguay, artículo 203.

2. LA CULPA

La segunda especie de culpabilidad es precisamente la culpa, que indebidamente algunos códigos como el que nos rige - - (de 1931) actualmente, denominan imprudencia (art. 8 fracc.II), la cual viene a ser una especie de la culpa.

Comúnmente se define la culpa como la violación de un deber de cuidado; que no es más que la producción de un resultado típico por obrar con imprudencia, negligencia, impericia o ineptitud.

Así pues, Mezger, con gravedad expresa: "ha actuado culpablemente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente" (1). Exactamente también la opinión de Cuello Calón, hela aquí: "la culpa -- existe, cuando obrando sin intención y sin diligencia o debida precaución, se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley" (2).

Hay culpa pues, cuando se produce un resultado típico evitable y previsible, no querido ni aceptado, obrando el sujeto (en caso de previsión) con el anhelo o la esperanza de que no se producirá.

a) Elementos de la culpa.- De las ideas de la culpa antes vertidas, podemos desprender los siguientes elementos: una conducta imprudente o negligente; un resultado típico no querido ni aceptado; resultado evitable y previsible (aunque el sujeto no lo prevea); y, en caso de preverlo, actuar con la esperanza de que tal resultado no se produzca.

b) Especies de culpa.- La clasificación de la culpa que si tiene relevancia es la que la divide en culpa con representación o consciente, y la culpa sin representación o incons-

(1) Ob. cit. p. 256.

(2) Derecho Penal, t. I, p. 393.

ciente. Hay culpa con representación cuando se produce un resultado típico que se previó pero se tuvo la esperanza de que no se produjera; y la culpa sin representación o inconscientes la que se le atribuye a un sujeto que produce un resultado típico que no previó siendo previsible.

c) Evasión de presos culposa.— Sobre el particular citaremos las palabras textuales de Cuello Calón: "Si no hay connivencia, pero la fuga se produce por descuido del funcionario o por su negligencia en el cumplimiento de los deberes de su cargo, puede existir un delito de imprudencia" (1).

Efectivamente, el delito que estudiamos sí admite la culpa; pero generalmente en la doctrina se piensa que sólo pueden cometerlo culposamente los funcionarios públicos encargados de la custodia o traslado de los presos. Dice un autor: "sujeto-activo de este delito sólo pueden ser los funcionarios públicos" (2); lo cual no es exacto, ya que un particular también puede cometer este delito culposamente, pues sin tomar en cuenta el caso del particular que detiene al delincuente in fraganti, caso en el cual dicho particular lo puede soltar por culpa; pero independientemente de ese caso, un particular es posible que por su negligencia produzca un derrumbe en la prisión y -- los presos se fugan; es evidente en este caso que la fuga se debe a la imprudencia del sujeto, el cual no es un funcionario público sino un particular, y mientras exista relación causal entre la negligencia y la fuga, habrá delito de evasión, puesto que sin la conducta imprudente del sujeto no se habría producido la fuga.

Ciertamente es importante destacar que en cualquier caso de evasión culposa debe existir un nexo causal entre el resultado (evasión) y la imprudencia o negligencia. De tal suerte-

(1) Derecho penal, t. II, p. 408.

(2) Varela, B. Carlos, ob. cit. p. 126.

que si se produce una fuga pero ésta no se debe a la negligencia del carcelero sino a la astucia o habilidad del reo (disfraz, túnel), no habrá delito, dado que no hay nexo causal; y es la razón por la que en algunos casos no se debe sancionar a los guardianes de los presos.

En efecto, he aquí lo que D. Demetrio Sodi dijo: "Para poderse aquilatar la responsabilidad del custodio negligente, el juez tiene la obligación de indagar, en todos los casos, si la fuga del preso tuvo lugar por omisión del custodio o si fue el resultado de la astucia del detenido, que se sobrepuso a la más asidua sobrevigilancia y a la más cuidadosa custodia, pues en ese caso no se le puede imputar al guardián ningún delito" (1).

Volviendo a la cuestión inicial sobre quiénes pueden cometer culposamente la evasión, ya dijimos que no únicamente los funcionarios sino también los particulares. Pero los únicos que en realidad no pueden cometer el delito de evasión culposa, son los parientes del preso y el propio reo, toda vez que para estos sujetos la ley establece determinados medios para cometer la evasión, y tales medios implican la existencia del dolo pues la ley habla de fuga "con violencia en las personas o fuerza en las cosas" (art. 151); y el artículo 154 se refiere a la violencia y al concierto entre los presos para fugarse. Por ello, Rodríguez Muñoz advierte que "la violencia o intimidación, la fuerza y el previo acuerdo excluyen la posibilidad de una comisión culposa" (2).

Referente a la culpa, es importante señalar que desafortunadamente el Código Penal utiliza dos verbos distintos para referirse a una misma conducta, es decir, en el artículo 150 habla de "favorecer la evasión de una persona", y en el 152 se

(1) Nuestra ley penal, t. II, pp. 547-548.

(2) Derecho Penal, parte especial, p. 172, Madrid, 1949.

refiere a "proporcionar la evasión de varias personas"; esta situación ha ocasionado dificultades de interpretación en relación a la fuga culposa.

Así, por ejemplo, Carrancá y Trujillo sostiene que la evasión a que se refiere el artículo 150 se puede cometer tanto dolosa como culposamente; pero en el caso del artículo 152, manifiesta: "Sólo puede ser dolosa la conducta..." (1). Consideramos que no es acertada la opinión de nuestro distinguido jurista, porque según esta interpretación, si el artículo 150 sí admite la culpa y el 152 no la admite, se deduce que el verbo "favorecer" (la evasión) tiene diferente sentido que el verbo "proporcionar" (la evasión); lo cual no es correcto, pues de acuerdo a nuestra opinión, tanto el artículo 150 como el 152 sí admiten la culpa, dado que ambos verbos fueron empleados -- por el legislador como sinónimos y por tanto con el mismo sentido y alcance, pues el que proporciona los medios de la evasión también la favorece, y el que la favorece con los medios necesarios también la proporciona. De no ser así llegaríamos a resultados absurdos, es decir, que si los verbos tuvieran diferente sentido en relación a la fuga de reos, no habría delito en el caso del artículo 150 cuando se proporcionara la evasión de una persona, toda vez que el Código dice "favorecer"; y tampoco habría delito en el caso del artículo 152 cuando se favorezca la evasión de varias personas, puesto que el Código dice "proporcionar", lo cual resulta fuera de razón.

A este respecto es oportuna la opinión de Cuello Calón en el sentido de que "proporcionar la evasión equivale a favorecer la fuga del preso (proporciona la fuga el que suministra al preso limas, armas u otros instrumentos adecuados o soborna al vigilante etc.)" (2).

(1) Carrancá y Trujillo-Carrancá y Rivas, Código Penal anotado, pp. 324 y 326, México, 1983.

(2) Ob. cit., p. 334.

En consecuencia, es evidente que ambos verbos tienen, para efectos de este delito, igual significado, y por tanto ambos artículos (150 y 152) admiten la culpa.

Sobre el particular, es fácil imaginar ejemplos en los cuales se incurre en este delito en forma culposa en los dos artículos, pues un celador o vigilante descuidado lo mismo se le puede escapar un preso (art. 150) que muchos presos (art. 152), y sería una aberración pensar que si por su negligencia se le escapa un detenido sí hay delito (culposo), mientras que si se le escapan muchos presos entonces no hay delito, puesto que el artículo 152 no admite la culpa, lo cual es a todas luces inadmisibile.

3. LA PRETERINTENCIONALIDAD

La preterintención se presenta cuando queriendo producir un resultado se produce otro de mayor gravedad en forma culposa; o, en otros términos, que en el resultado producido hay -- una suma o concurso de dolo y culpa; dolo por el resultado querido o aceptado, y culpa por el resultado no querido ni aceptado.

Algunos Códigos de los Estados ya reglamentan la preterintencionalidad; uno de estos Códigos preceptúa: "Obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente" (1).

Porte Petit, al referirse a la preterintención, reconoce que ésta constituye una tercera forma de culpabilidad, pues -- afirma que "el Código Penal Mexicano incluye las tres formas -

(1) Código Penal de Guanajuato de 1978, artículo 43.

de culpabilidad... y la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o con exceso en el fin en la fracción II del artículo 9, como tercera forma de culpabilidad, de naturaleza mixta" (1).

Sin embargo, nosotros seguimos pensando que las únicas -- formas de culpabilidad son el dolo y la culpa; pues si la preterintención es la suma de dolo y culpa, no puede resultar -- otra forma de culpabilidad distinta por el simple hecho de que en un resultado existan acumulados el dolo y la culpa; puesto que el concurso de dolo y culpa no es, como afirma Carrara, la "mezcla" de dolo y culpa; porque el dolo y la culpa no se mezclan cual sustancias químicas para producir entidades distintas; no pueden mezclarse el dolo y la culpa porque no se puede querer y no querer al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias, porque como se dice que dijo Florián, "dos momentos psicológicos no pueden obrar contemporáneamente" (2).

En lo que al delito de evasión se refiere, es claro que -- sí puede presentarse la preterintencionalidad, pues no es difícil imaginarse hipótesis de resultados ultraintencionales o -- más allá de la intención; así por ejemplo, si un vigilante de presos quiere favorecer la fuga de una persona mediante la excavación de un túnel, pero otros presos advierten accidentalmente el túnel y se fugan a través de él; estaremos frente a -- un caso de preterintencionalidad, pues es evidente que el vigilante que favorece la evasión de un solo reo no deseaba la fuga de los otros presos; por tanto, hay dolo en la fuga del reo liberado y culpa en la liberación de los demás internos, dado que en el primer caso sí se quería el resultado, pero no en el segundo caso.

(1) Importancia de la dogmática jurídico penal pp. 49-50.
(2) Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, p. 383.

4. EL CASO FORTUITO

Consiste el caso fortuito en causar un resultado típico no previsto por ser humanamente imprevisible. Considerado como el límite de la culpabilidad, el "caso" no es una excluyente de responsabilidad de las que anulan alguno de los elementos del delito, sino que el caso fortuito es una forma de expresar a partir de dónde una conducta ya no es culpable.

Es precisamente en donde termina la culpa cuando aparece el caso fortuito, pero no como una inculpabilidad, sino simplemente fuera de la culpabilidad, o como Villalobos expresa, el "caso fortuito no es propiamente una excluyente sino la -- simple falta del dolo y de la culpa; que 'comienza allá donde termina la culpabilidad' (manzini)" (1).

Se diferencia la culpa sin representación y el caso fortuito, en que en aquélla, el resultado típico no se prevé -- siendo previsible, en cambio, en el caso fortuito el resultado tampoco se prevé, pero no se prevé porque es imprevisible.

El Código Penal del Distrito Federal lo reglamenta como sigue: artículo 15: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: fracción X: Causar un daño por mero accidente sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho con todas las precauciones debidas". Hay que aclarar que cuando -- el Código dice "causar un daño", esto significa que para que haya caso fortuito el resultado debe ser producido por alguna circunstancia imprevista aunada a la conducta del sujeto, por que de no ser así no habrá caso fortuito.

En ese sentido se expresa el mismo Villalobos cuando es-

(1) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, p. 428, México, 1975.

(2) Ob. cit.

cribe: "Para que ese casus deba ser considerado en Derecho Penal se requiere que concurra con alguna actividad del hombre" (1).

En consecuencia, en relación a la fuga de presos, materia de nuestro trabajo, las hipótesis de caso fortuito en la evasión que Maggiore cita: "derrumbamiento de cárcel, apertura de ella por ira popular..." (2), no son precisamente ejemplos de caso fortuito como pretende el jurista italiano, puesto que en el ejemplo del derrumbe de cárcel no existe ninguna intervención del reo ni del guardia; y en el segundo ejemplo de la "apertura de cárcel" por las multitudes iracundas, tampoco hay intervención del vigilante ni del preso; de manera que en estos casos lo que excluye de responsabilidad al celador no es un caso fortuito, sino la falta de nexo causal entre el resultado producido (evasión) y la conducta del custodio. Efectivamente, la causa de la evasión no es la conducta del guardián, el resultado no se produjo por la intervención del guardia sino por otras razones que en nada "concurren con la voluntad del hombre" (3), consecuentemente no es caso fortuito lo que excluye de responsabilidad al vigilante en los ejemplos que Maggiore cita como hipótesis de caso fortuito.

II. LA INCULPABILIDAD

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad; ésta se origina por dos causas fundamentales que son, el error y la no exigibilidad de otra conducta, ésta última como aportación del normativismo. Esto es lo que Porte Petit ha di

(1) Ob. cit.

(2) Derecho Penal, vol. III, p. 380, Bogotá, 1972.

(3) Villalobos, Ignacio, ob. cit. p. 428.

cho al referirse a la inculpabilidad, "lleenan el campo de la- inculpabilidad: el error y la no exigibilidad de otra conduc- ta" (1).

A. EL ERROR

El error es una causa que destruye la culpabilidad por-- que tiene la virtud de anular uno de los elementos del dolo, - o sea, el elemento intelectual. "El error -escribe Castella- nos Tena- es un falso conocimiento de la verdad, un conoci- - miento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamen- - te" (2).

CLASIFICACION DEL ERROR

Fundamentalmente existen dos clases de errores, el error de hecho y el de derecho, de las cuales se derivan otras espe- cies, cada una de las cuales presenta características propias a las que nos referiremos en seguida.

a) Error de hecho esencial e invencible.- El error de he- cho para que tenga efectos eximentes debe ser invencible (3); porque si es vencible o evitable solamente anula el dolo pero no la culpa, y por tanto habrá delito culposo, siempre y cuan- do, claro está, el delito admita la culpa. Así lo manifiesta claramente Welzel: "Si se basa el error sobre la negligencia, el autor es punible por comisión culposa del hecho, en caso - de que exista el tipo culposo correspondiente" (4).

En el delito de evasión de presos podrían presentarse mu

(1) Importancia de la dogmática jurídico-penal, p. 51.

(2) Ob. cit. p. 255.

(3) Porte Petit, ob. cit.

(4) Welzel, Hans, Derecho Penal, p. 82, Buenos Aires, 1956.

chos casos de error y por tanto de inculpabilidad. Así por -- ejemplo, no sería culpable el carcelero que pone en libertad a un preso que tiene el mismo nombre de otro que legalmente debe salir libre. Lo mismo sucede en el caso del celador que permite la salida de un preso disfrazado de guardia o de empleado - del presidio. Otro ejemplo de inculpabilidad por error en la evasión sería el caso del que presta el dinero necesario para la fuga (cohecho) sin saberlo; son casos donde el error es evidente pues el sujeto no sabe que está favoreciendo la evasión.

b) Error de tipo.- El error de hecho esencial no sólo se refiere al desconocimiento de la conducta descrita en la ley,- sino también al error sobre cualquier elemento perteneciente - al tipo descrito, por eso se le denomina también error de tipo. El artículo 44 del Código Penal de Guanajuato reglamenta el -- error de tipo como sigue: "No obra con dolo quien al realizar- el hecho legalmente descrito, incurre en error respecto de al- gún elemento de tal descripción".

c) Error de licitud.- Otra especie de error esencial es - el error de licitud. Mediante este error se cree equivocada-- mente que la conducta realizada es lícita en virtud de una cau- sa de justificación, cuando en realidad no existe tal causa de justificación, por eso en estos casos se les denomina a esas - causas, eximentes putativas; las cuales darán lugar a una in- culpabilidad siempre que en el delito de que se trate se pre-- senten las verdaderas justificantes.

En el delito de fuga de detenidos ya vimos que sí se dan- las causas de licitud; por tanto, es posible que se presenten- casos de inculpabilidad por error de licitud o como la doctri- na le llama error de prohibición.

d) Error de hecho inesencial o accidental.- Es un error - que no anula la culpabilidad porque no se refiere a la esencia del delito sino a circunstancias accesorias; error en la perso

na, en el golpe o en el delito; o, en otros términos, el error inesencial se manifiesta en tres formas distintas pero ninguna de las cuales nulifica la culpabilidad; se trata pues, de - - error en el golpe (aberratio ictus); error en la persona (aberratio in persona), y error en el delito (aberratio in delicti).

e) Error de derecho. - En general, y desafortunadamente, - este error no destruye la culpabilidad en muchas de las legislaciones actuales, en base a la regla de que "la ignorancia de la ley a nadie beneficia"; por tanto, cuando se cometa un delito con ignorancia de que se encuentra regulado por la ley pe--nal, o por una falsa apreciación de la misma, tal ignorancia o error no podrá alegarse como causa de inculpabilidad.

Sobre el particular, el artículo 9 fracción III del Código Penal Federal establece que no se destruirá la presunción - delictuosa aunque el acusado pruebe: "que creía que era legítmo el fin que se propuso".

Sin embargo, hay otros códigos que reglamentan el error - de derecho no como inculpabilidad absoluta, pero sí como un -- atenuante en la penalidad, (Código Penal Veracruzano).

Otros códigos no le conceden ninguna atenuante a este tipo de ignorancia. Así pues, en el artículo 10 el Código Penal del Estado de Guanajuato ordena: "A nadie servirá de excusa la ignorancia de la ley penal".

B. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Dijimos que la ausencia del elemento intelectual del dolo origina una inculpabilidad por error; ahora diremos que la ausencia del elemento emocional o volitivo da como efecto una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, que es la -

segunda forma de inculpabilidad; la cual se presenta cuando - el agente del delito se encuentra en condiciones tales que no puede exigírsele una conducta distinta a la realizada, porque en tales circunstancias cualquier persona hubiera actuado de igual forma.

Es precisamente la no exigibilidad de otra conducta el - fundamento por el que en la evasión de presos no se castiga - al reo que se fuga ni a sus parientes próximos que le favorecen la fuga, porque en estos casos la voluntad de estos sujetos está moralmente coaccionada, por tanto no se les puede -- exigir una conducta diferente.

En efecto, al preso que se evade no se le puede repro- - char su conducta pues el fin que persigue con la fuga no es - causar un daño sino alcanzar un bien: la libertad. Por eso - Pacheco dijo: "No cabe la penalidad donde no hay moralmente - delito; no hay delito, donde se ha obrado con derecho, ó por lo menos en virtud de un estímulo irresistible y que las le- - yes deben respetar" (1).

Los mismos fundamentos de inculpabilidad que protegen al preso que se fuga amparan a sus parientes próximos cuya con- - ducta tampoco es reprochable, porque como el mismo D. Deme- - trio Sodi señala, "impulsados por los vínculos de la sangre y de la naturaleza, proporcionan la fuga de un preso a quien -- aman" (2).

Por su parte A. de P. Moreno, al referirse a la norma -- que exime de sanción a estas personas, dice que ésta "recono- - ce y respeta los sagrados vínculos de afecto que unen a los - parientes cercanos y los móviles humanamente explicables, de-

(1) Código Penal concordado y comentado, t. I, p. 503.

(2) Nuestra ley penal, t. II, p. 549.

su conducta. Esos mismos móviles impulsan seguramente, -sigue diciendo de P. Moreno- a quienes usan de la violencia en las - personas o de la fuerza en las cosas, para lograr la libera- - ción de su deudo" (1).

Es importante decir que tocante a esta cuestión el Código del Distrito Federal reglamenta esta materia en el artículo -- 151, el cual adolece de muchos defectos. Por una parte, se re- - fiere a la exención de pena para determinados pariente del eva- - dido que le hayan favorecido la fuga; lo censurable está en -- que solamente exime de responsabilidad a los parientes que fa- - vorezcan la evasión a que se refiere el artículo 150, y no di- - ce nada de los parientes que favorecen la evasión a que se re- - fiere el artículo 152, lo cual es a todas luces inadmisibile.

En otro aspecto, también es criticable el artículo 151 en el sentido de que exime de sanción a los parientes del evadido sin hacer ninguna salvedad, lo cual significa que si el encar- - gado de la vigilancia del presidio o cualquier guardián son pa- - rientes del preso, podrán favorecerle la fuga sin que por ello sean sancionados.

Asimismo, el artículo que comentamos (151), peca por de-- - fecto, porque al enumerar los parientes del evadido exentos de sanción, deja sin mencionar algunos que también deberían ser - - incluidos. Así por ejemplo, no menciona los parientes por - - adopción, por concubinato, alnados, padrastros, tutor, etc. De- - bería reglamentarse una fórmula general que comprenda a todos- - estos parientes y así evitar la casuística, como lo hace el C^o - - digo alemán (art. 52), que después de mencionar algunos parien- - tes del preso agrega: "y los que estén ligados por una rela- - ción de crianza".

(1) Ob. cit., p. 337

Sin embargo, pese a que el Código nuestro deje sin mencionar algunos parientes del preso, en caso de que tales parientes favorecieran una fuga, procedería una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, toda vez que no es necesario que el Código mencione todos los casos de inculpabilidad, ya que la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta procede no solamente para los parientes, sino que esta causa de inculpabilidad se aplica en general; y en especial a los parientes cercanos.

Porque la ley no puede exigir a las personas que obren indignamente; indigno y cobarde sería el que pudiendo ayudar a un pariente no lo hace por temor. Pero ante la fuerza del vínculo familiar todos actuamos de acuerdo a esa fuerza natural y de amor fraternal. "¿Cómo exigir -pregunta Jiménez de Asúa- a un allegado próximo, a un amigo íntimo, a un agradecido, que se niegue a ocultar, a favorecer o a auxiliar a su padre, hijo, cónyuge, hermano, amigo o bienhechor?" (1).

Los presos que se han fugado conocen, generalmente, el contenido de la ley y por eso proyectan su fuga haciendo lo posible de no hacerla delictuosa. Es el caso, por ejemplo, del norteamericano Joel Kaplan, el cual, cuando se fugó de Santa Marta, sabía que su esposa no sería sancionada por su colaboración en la fuga y por lo mismo, ésta no tuvo necesidad de ocultarse.

Otro recluso de los muchos que se fugaron de Lecumberri (Palacio Negro) y que escribió la historia de su escape, fue otro norteamericano cuya fuga no intentó sino hasta después de haber contraído matrimonio, esto, con el fin de proteger a su fugura esposa; he aquí un párrafo de lo que escribe: "Aparte de querer casarme por todas las razones naturales, deseaba pa

(1) La ley y el delito, p. 416.

ra Bárbara (la futura esposa) la protección que recibiría de -- las leyes mexicanas. Una esposa -continúa diciendo- queda le-- galmente exenta de acusación por ayudar a su esposo en un inten-- to de fuga en el que no hubiera violencia. Era(es) casi como -- sí se esperara de ella que lo ayudara a escapar..." (1).

Un caso de fuga de presos en el que se presenta un ejemplo típico de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, -- es el que nos describe José Manuel Núñez en su artículo "El dolor moral como causa determinante en la evasión" (2); pues, re-- sumiendo el caso, se trata de un individuo que se escapa de la-- prisión rompiendo la puerta (fuerza en las cosas, ruptura de -- cárcel); pero el móvil o razón de la fuga fue porque se entera-- que su hija agoniza a consecuencia de un accidente sufrido. An-- te tal situación decide fugarse esa misma noche, misma en que -- la niña falleció; también en esa noche fue aprehendido el evadi-- do padre y posteriormente acusado de evasión mediante ruptura -- de cárcel.

En este caso pensamos que la conducta del evadido no era -- reprochable porque no se le podía exigir un comportamiento dis-- tinto, ya que su voluntad estaba coaccionada por el dolor de pa-- dre ante la agonía de su hija; consecuentemente procedía aducir una inculpabilidad. Sin embargo, en su defensa no se alegó la-- inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, porque se-- gún ellos, ésta es una causa de inculpabilidad supralegal, y -- por ende no procedía alegarla.

Por otra parte, debemos aclarar que la inculpabilidad por-- no exigibilidad de otra conducta tiene diversas formas de apli-- cación. Así pues, también opera en un caso de estado de necesi-- dad ante bienes de la misma magnitud. Al respecto, Porte Petit ha dicho: "En el estado de necesidad, cuando los bienes en con--

(1) Worker, Dwight y Bárbara, Fuga de Lecumberri, p. 205.

(2) Revista Jurídica Argentina "La Ley", t. 49, enero, feb. y -- marzo, 1948, pp. 553-554.

flicto son iguales, nos situamos frente a una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, y no ante una -- causa de justificación" (1).

De tal manera que en nuestro delito a estudio, se presentará un estado de necesidad como causa de inculpabilidad por -- no exigibilidad de otra conducta, cuando un celador, ante la -- fuga de dos reos, deja escapar uno por detener al otro, ante -- la fuga de dos, debe impedir la de uno, cualquiera de ellos.

Un ejemplo más en que se aplica una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, es el relativo a la coacción, -- toda vez que ésta tiene la virtud de viciar la voluntad y con-- lo cual se anula uno de los elementos del dolo (el elemento -- emocional o volitivo), y precisamente en base a esta circuns-- tancia es por lo que se considera al temor fundado como una in-- culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

Esta eximente se regula en el artículo 15 fracción IV: -- "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: El -- temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor".

En efecto, el temor fundado origina una inculpabilidad -- por inexigibilidad de un proceder diverso. Así lo reconoce -- Castellanos Tena; he aquí su opinión: "Puede considerarse esta eximente como una causa de inculpabilidad por coacción sobre -- la voluntad. ...Para la mayoría de los especialistas, --contii-- núa diciendo- el fundado temor es uno de los casos típicos de -- la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el Esta-- do, según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroi-- co (2).

(1) Importancia de la dogmática jurídico penal, p. 54.

(2) Ob. cit. p. 264.

Por consiguiente, en el delito de evasión, si un carcelero es obligado mediante amenazas de muerte, a abrir las celdas de los presos para que éstos se fuguen, es evidente que no comete delito en base a la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal en vigor, el cual se refiere como ya lo vimos, al temor fundado, y que en realidad es una inculpabilidad en especie.

Finalmente es necesario decir que la no exigibilidad de otra conducta se aplica no solamente en casos de conductas dolosas sino también para las de culpa. De tal suerte que no será culpable el carcelero que por falta de personal de vigilancia debe trabajar doblando o triplicando el turno, razón por la cual no tendrá oportunidad de dormir durante tres días continuos; sin embargo, al finalizar su jornada no resiste el sueño y éste lo vence, lapso en el cual los presos se le escapan. En este caso el guardián será inculpable por no podersele exigir una conducta distinta, pues su proceder obedeció a una necesidad fisiológica como lo es el sueño y no precisamente a su negligencia.

Agregaremos otro ejemplo de una evasión culposa en el que el sujeto no es culpable por inexigibilidad de otra conducta, también por una necesidad fisiológica. Es un caso de la jurisprudencia argentina que Ricardo Levene menciona y que por su gracia conviene copiarlo literalmente. He aquí lo que dice: "Corresponde absolver al agente de policía que debido a -- una necesidad fisiológica impostergable y ante la imposibilidad de hacerse substituir, abandona la guardia por breve término durante el cual el detenido vigilado se fuga" (1).

(1) Levene, Ricardo, ob. cit. p. 339.

CAPITULO SEXTO
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

I. LAS CONDICIONES OBJETIVAS

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias establecidas en la ley y extrañas al delito, que condicionan o suspenden la punibilidad.

El tema relacionado con las condiciones objetivas es una cuestión bastante ardua y acerca de la cual dista mucho de haber acuerdo entre los autores en establecer su naturaleza jurídica. En general se acepta que las condiciones objetivas de punibilidad no son un elemento del delito, ya que no en todos los delitos están presentes.

Por eso Beling, su creador, las definió como "ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen el carácter de culpabilidad..." (1), considerándolas no como elemento sino como "condiciones objetivas extrínsecas".

Es importante que establezcamos, por otra parte, la diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad con las condiciones o requisitos de procedibilidad; éstos impiden el ejercicio de la acción penal, mientras que aquéllas suspenden la punibilidad.

(1) Esquema de derecho penal, p. 263, Buenos Aires, 1944.

En cuanto al delito de evasión, pensamos que el artículo-153 del Código Penal es un claro ejemplo de una condición objetiva y extrínseca que condiciona o suspende parcialmente la penalidad. Efectivamente, este artículo establece que si por --gestiones del responsable de la evasión se logra la reaprehensión del prófugo, la pena ya no será de tres meses a siete -- años como lo establece el artículo 150, sino de tres días a un año de prisión.

Lo censurable de esta condición que el artículo 153 establece, está en que tal artículo no dice qué es lo que se debe hacer cuando son muchos los prófugos y por las gestiones del -- responsable de la evasión sólo se reaprehenden algunos pero no todos.

Asimismo, el artículo 153, no fija un plazo para la rea--prehensión del prófugo como lo hacen algunos códigos extranjeros (el italiano y el cubano, por ejemplo), los cuales establecen de 3 a 4 meses a partir de la fuga. Por tanto, en nuestra ley penal es posible que la condición proceda hasta antes de -- ejecutoriada la sentencia o incluso después, dado que no hay --plazo.

Otro aspecto importante que nuestro Código Penal no con--templa es el relativo al regreso voluntario del reo evadido, -- es decir, cuando el prófugo regresa motu proprio; porque el Código sólo se refiere a la reaprehensión lograda por las gestio--nes del responsable de la fuga, pero omite el caso de la pre--sentación espontánea del reo, la cual presenta dos cuestiones--importantes: la penalidad del responsable de la fuga y la pena--alidad del propio evadido, pues nada dice a este respecto el Cód--igo.

Debía reglamentarse el espontáneo regreso del prófugo a -- fin de fomentar el arrepentimiento; así lo hacen muchos códig--os extranjeros, los cuales sí prevén el regreso del prófugo --

de propia voluntad, como una condición objetiva que suspende la pena o al menos para atenuarla.

Al respecto el Código de Costa Rica preceptúa: "La presentación voluntaria del preso evadido deja sin efecto la pena, salvo la sanción que corresponda por las violencias" (art. 409). En igual sentido se reglamenta el regreso del preso en los códigos de Cuba, Uruguay y Colombia, entre otros.

II. LA PUNIBILIDAD

Lo mismo que las condiciones objetivas, la punibilidad ha sido tema para discusión en lo relativo a su naturaleza jurídica; pues se dividen las opiniones en el sentido de considerar a la punibilidad como un elemento del delito o como una consecuencia del mismo.

Porte Petit, hay que decirlo, en algún tiempo sostuvo -- que la punibilidad era un elemento del delito. He aquí sus palabras: "es indudable que la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo" (1). Pero actualmente, sostiene la tesis contraria, porque al referirse a la punibilidad categóricamente escribe que "ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito" (2).

No entraremos en el análisis de esta cuestión porque no es el objeto de nuestro trabajo, pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que referirse a la punibilidad resulta imprescindible en el estudio de cualquier delito en particular.

En efecto, la punibilidad en relación al delito de fuga de presos es de particular importancia; pues ya desde el si--

(1) Importancia de la dogmática jurídico penal, p. 59.

(2) Apuntamientos..., p. 285, México, 1978.

glo pasado se pensaba que en relación a la fuga de reos no debía de pensarse la autoliberación sin medios violentos, sino -- que solamente debía sancionarse al tercero que la favorecía, -- ya fuera un particular o un funcionario. Sin embargo, a más -- de un siglo de distancia aún no se consuman del todo los anhelos de D. Francisco Pacheco quien en aquel tiempo dijo: "Una -- edad venidera, que no está muy remota, se admirará de que se -- haya escrito en nuestro Código el capítulo presente, y borrará los castigos que en él se imponen a los que quebrantan sus condenas" (1).

LA PENA EN CADA UNA DE LAS FORMAS DE EVASION

1.- La penalidad en el artículo 150. Este artículo sanciona al tercero que favorece la evasión de una sola persona privada de su libertad. "Se castiga al tercero que los protege o ayuda en su propósito, por tratarse ya de un hecho perjudicial y alarmante para la sociedad" (2).

La sanción para el tercero favorecedor en el artículo 150, será de tres meses a siete años de prisión, pero si el responsable es el encargado de custodiar al reo, aquél será además -- destituido de su empleo.

Quiero hacer notar que este artículo, y todos los demás -- que reglamentan la evasión, indebidamente no establecen sanción pecuniaria como certeramente lo hacen ya algunos códigos del -- interior de la República de reciente publicación; y tampoco -- obliga a reparar el daño a que estaba obligado el reo evadido; de igual forma, tampoco sanciona al funcionario favorecedor de la fuga con la inhabilitación, sino únicamente con la destitución de empleo. El aspecto de la sanción pecuniaria sí es por

(1) Código Penal concordado y comentado, t. I, p. 504.

(2) Varela, Bernardo Carlos, ob. cit. p. 54.

demás urgente establecerlo, y con esta sanción se incluirá la obligación para el responsable de la fuga, de reparar el daño a que estaba obligado el evadido; así lo establece el Código Penal francés en su artículo 244.

2.- La penalidad en el artículo 151. Este artículo exenta de penalidad a los parientes próximos del preso, salvo que la fuga la favorezcan por medio de la violencia en las personas o la fuerza en las cosas, caso en el cual la sanción es la misma del artículo 150.

Lo malo de este artículo es que al eximir de sanción a -- los parientes del preso, no hace ninguna salvedad, y por tanto, el mismo celador podrá favorecerle la fuga al preso si éste es su pariente, sin que por ello sea sancionado.

3.- La penalidad en el artículo 152. La pena en este artículo está notoriamente agravada. La razón de la agravación está en el número de evadidos. Sobre el particular debemos decir que esta forma de sancionar la fuga es casi única en su género, toda vez que la mayoría de los códigos extranjeros sanciona la evasión en un solo artículo y en forma general, es decir, comprendiendo la fuga de una persona y la de varias personas, y con una penalidad con mucho muy inferior a la impuesta en el artículo 152 de nuestro Código Penal Federal.

Sólo algunos códigos, como el italiano, tienen tan elevada la sanción como lo hace el nuestro; sólo que el Código italiano agrava la pena cuando el evadido es un condenado a muerte o a perpetuidad, es decir, la pena es agravada para el favorecedor de la fuga del reo de muerte, pero no regula la fuga tumultuaria.

Este artículo (152) sí sanciona al funcionario responsable de la fuga, con la inhabilitación además de la destitución de empleo como sanciones accesorias a la sanción corporal, la-

cual es de 4 a 12 años de prisión.

4.- La penalidad en el artículo 153. Se atenúa considerablemente la pena cuando el reo es reaprehendido por las gestiones del responsable de la fuga, dado que en este caso la pena será de tres días a un año de prisión.

La cuestión importante en este caso es saber qué penalidad se le aplicará al responsable que por sus gestiones se logra la reaprehensión de algunos prófugos, pero no la de todos, pues el Código sólo se refiere al caso de la reaprehensión de un prófugo.

5.- La penalidad en el artículo 154. Este artículo se refiere a la penalidad que debe imponerse al preso evadido; aspecto en el cual el Código mexicano no es afortunado, porque como ya hemos dicho, el preso no debe ser sancionado por el delito de fuga, es decir, por evadirse.

Ahora bien, la reglamentación en los códigos extranjeros y nacionales sobre la materia, es caótica; pues resumiendo la cuestión diremos que algunos códigos afortunadamente ya no castigan la autoliberación aunque se cometa por cualquier medio (Código Penal del Estado de Guanajuato, art. 167). Otros códigos sólo la sancionan muy levemente pero siempre y cuando se fugue el preso con violencia en las personas (Código de Bolivia, art. 261, la sanciona con tres meses de arresto). - - Otros códigos más, sancionan la autoliberación si ésta se lleva a cabo con violencia en las personas o fuerza en las cosas (Código argentino, art. 80). Y el Código Penal mexicano (D.-F.) que la sanciona cuando es con violencia sobre las personas o de concierto con otros presos (art. 154).

Pero aún existen códigos retrasados que sancionan la autoliberación pese a que no se emplee ningún medio delictuoso-

(Código de Colombia, art. 203). Por último, también existen actualmente códigos que sancionan al preso que se fuga, pero no por el delito de evasión sino por el delito de quebrantamiento de condena, que para el caso es lo mismo (Código de Costa Rica, art. 408); y en igual sentido se pena el quebrantamiento de condena en los códigos de Cuba, Venezuela, etc. - Lo peor del caso es que en algunos de estos códigos se sanciona la tentativa de fuga como delito consumado, lo cual es aberrante, pues la doctrina es abundante en opiniones en el sentido de que "el quebrantamiento de condena a una pena privativa o restrictiva de libertad no constituye delito porque responde a la tendencia irrefrenable que el hombre tiene a recuperar su libertad cuando ha sido privado de ella" (1).

De la misma manera, la doctrina enseña que el preso que quebranta su condena, es decir, el que se fuga, sólo merece una sanción administrativa de tipo disciplinario, pero no una pena establecida en el código de los delitos.

"No el Código -aconseja Rodríguez Muñoz- sino disposiciones de tipo administrativo son las que deben establecer las sanciones... porque es una infracción del régimen del establecimiento, corregible sólo en vía disciplinaria" (2). Ya el insigne Pacheco recomendaba lo mismo, he aquí su opinión: "Pero esta materia sólo correspondía en nuestro juicio a los reglamentos de los institutos penales; y su aplicación sólo debería ser administrativa y no judicial" (3).

En consecuencia, los únicos códigos acertados en la regulación de la autoevasión son los que no la sancionan de ninguna manera (Código de Guanajuato, art. 167); lo que sí merece-

(1) Rodríguez Muñoz, J.A., ob. cit. p. 171.

(2) Ob. cit. p. 172.

(3) Ob. cit. p. 505.

ser sancionados son los medios, es decir, el resultado de los medios pero no la fuga misma, porque como muy atinadamente lo dice A. de P. Moreno, "la ley reconoce (debe reconocer) como legítimo el deseo instintivo de la persona privada de su libertad, de procurar recobrarla y por eso no le impone (no le debe imponer) sanción alguna por el logro de sus legítimos propósitos" (1).

De modo que las leyes que castigan la autoliberación pecan de inicuas, pues ya sea como fuga o como quebrantamiento, esta conducta no debe penarse; porque en determinadas circunstancias se puede llegar a resultados aberrantes, como en el caso que cita Victor Hugo de un sujeto que habiendo cometido un delito no grave fue condenado con una pena de prisión ciertamente corta, pero como este individuo era de los que aman la libertad y por lo mismo intentó por cuatro veces evadirse, razón por la cual se le fueron acumulando las condenas y finalmente su estancia en prisión fue de 19 años; caso en el cual las condenas resultan ser injustas e inhumanas, porque esta persona sin cometer propiamente ningún delito se le acumularon tantos años de condena únicamente por sus fugas nunca logradas. (2).

Así pues, vemos que la tesis prevaleciente entre los autores es la de impunidad para el preso que se escapa. Esta exención de pena, como ya lo hemos visto, la fundamentan con términos diferentes pero que se refieren a lo mismo: amor a la libertad, instinto de libertad, sentimiento natural a la libertad, etc., Soler por ejemplo dice: "La evasión simple es impune para el evadido. Esta particularidad se funda en el hecho de reconocer como un instinto irresistible y moralmente no censurable el de la libertad" (3).

(1) Moreno, Antonio de P., ob. cit. p. 337.

(2) Hugo, Víctor, Los miserables, p. 50 y sigs., Porrúa, México, 1982.

(3) Derecho Penal argentino, t. V, p. 293.

No obstante todo lo que los autores dicen al respecto en favor de la no punición para el reo que se autolibera, los pocos que opinan en contra, es decir, los que se pronuncian por la penalidad de la autoliberación aunque no se recurra a medios violentos, argumentan que ésta debe sancionarse "porque sobre el concepto individualista y sentimental según el cual el que se evade debe ser perdonado por su amor a la libertad, instintivo e incontenible en el hombre, debe prevalecer, en un Estado bien ordenado y fuerte, el absoluto respeto a la justicia" (1).

6.- La penalidad en el artículo 155. Finalmente, nuestro Código en vigor, aparte de sancionar al preso que se evade por el delito de fuga, indebidamente le impone una sanción por quebrantar su condena; esta sanción consiste en que no se le toma en cuenta su buena conducta anterior a la fuga y por tanto le niega el derecho del dos por uno establecido en el artículo -- 81, según el cual se le debe reducir la pena en un día por cada dos de trabajo, siempre que el reo observe buena conducta; pero de acuerdo con el artículo 155 la fuga presupone automáticamente la mala conducta, lo cual resulta absolutamente injusto y fuera de razón, porque eso significa que se está considerando delito al quebrantamiento de condena como lo hacían los códigos del siglo pasado.

7.- Reincidencia y habitualidad en la evasión. De particular importancia es la cuestión relativa a si debe tomarse en cuenta la reincidencia como agravante para el preso que se evade; al respecto Carrara se pregunta: "¿puede tomarse en consideración su condición de reincidente para agravarle la pena?"- (2), necesario es estar de acuerdo en que evidentemente no de-

(1) Levene, Ricardo, ob. cit. p. 338.

(2) Programa, parágrafo núm. 2821.

be tomarse en cuenta la repetición del delito de fuga o el simple intento de la misma para tener por reincidente al presidiario. "Esto resulta claro cuando la condición de reincidente - se pretende deducir de la misma condena a la que el condenado se ha sustraído con la fuga" (1).

Es claro que si no se le puede considerar reincidente al reo por sus repetidas fugas y tentativas de fuga, consecuentemente tampoco y de ninguna manera se le puede atribuir el carácter de delincuente habitual.

En efecto, ese es el sentido en el que se pronuncia la doctrina clásica cuando se afirma que: "La consideración moral que domina esta cuestión es la de que quien escapa a la pena no de muestra perversidad de ánimo. El deseo de la libertad no puede convertirse en hábito criminal" (2).

III. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El aspecto negativo de la punibilidad está representado por las excusas absolutorias, las cuales se establecen en la ley sólo para determinados delitos y tienen la virtud de excusar de pena a determinadas personas que los cometen; y se dice que el establecimiento de tales excusas obedece a razones o motivos especiales de política criminal.

He aquí la definición del eminente jurista hispano: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública". (3)

(1) Carrara, Francesco, Programa, parágrafo núm. 2821.

(2) Ibidem.

(3) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, p. 433.

En cuanto al delito de evasión, comúnmente se ha dicho - - (con desacierto) que el artículo 151 y el 154 que eximen de pena al que favorece la fuga de un próximo pariente y al propio - preso que se evade, constituyen ejemplos del aspecto negativo - de la penalidad, es decir, que son ejemplos de excusas absolutorias.

No es posible seguir sosteniendo esa tesis porque resulta - ser absolutamente equivocada, toda vez que en la actualidad pe - nalistas de renombre han demostrado que en realidad no son ca - sos de excusas absolutorias sino "ejemplo genuino de la no exigibilidad de otra conducta: aquellos casos en que se encubra, se - auxilie o se proteja a un próximo pariente" (1).

Porte Petit expresamente 'cita como casos legales de incul - pabilidad por no exigibilidad de otra conducta el artículo 151 - y el 154 (2); y de la misma forma se expresa Carrancá y Truji - llo (3).

Sin embargo, en el delito de evasión sí encontramos un ca - so de excusa absolutoria, y es la contenida en el artículo 153, el cual (por causas de utilidad pública) no le impone la san - ción correspondiente al responsable de la fuga si éste coopera - en la reaprehensión del prófugo.

De modo que el arrepentimiento en el responsable de la eva - sión da lugar a una excusa absolutoria, o mejor dicho, a una se - mi excusa, porque la ley, en ese caso, sólo le perdona al res - ponsable una parte de la pena (la mayor parte); en efecto, la - sanción normal es de tres meses a siete años (art. 150), pero - según el artículo 153, si por las gestiones del responsable se - logra la recaptura del prófugo la pena sólo será de tres días - a un año de prisión.

(1) Idem, p. 416.

(2) Apuntamientos..., p. 252, México, 1978.

(3) Derecho Penal Mexicano, p. 474, México, 1980.

No contempla el Código ninguna excusa absolutoria para el reo que voluntariamente regresa, lo cual es indebido; debería establecerse para el reo que regresa espontáneamente, no una - atenuante sino la absoluta impunidad por lo que a la fuga se - refiere, como en muchos códigos extranjeros se hace.

CAPITULO SEPTIMO
EL CAMINO DEL DELITO O ITER CRIMINIS
LOS CONCURSOS
(DE DELITOS, DE NORMAS Y DE PERSONAS)

I. EL ITER CRIMINIS

La vida del delito, es decir, el delito, para llegar a ser tal, antes debe recorrer determinadas etapas que constituyen el camino del delito; estas etapas se han englobado en -- dos fases o esferas, la fase interna o subjetiva y la fase externa.

A. FASE INTERNA

La primera fase del delito es la subjetiva; la cual se divide en tres momentos: ideación, deliberación y resolución. En el primer momento, es decir, en la ideación o concepción de la idea criminal, el sujeto del delito solamente forma en su mente la idea de una conducta delictuosa; en el segundo momento, o sea, en la deliberación, el sujeto hace sus proyectos de las desventajas y conveniencias de su plan, es decir, delibera acerca del delito ideado; y en el tercer momento de la fase interna, esto es, en la resolución, el agente del delito decide o resuelve llevar a cabo su idea delictiva. Con la resolución se termina la fase interna o subjetiva y se entra en la fase externa.

Lo importante de la fase interna, es lo relativo a la penalidad, porque se dice que el pensamiento no delinque, aunque sea criminal, el pensamiento es libre, por lo cual no de

ben sancionarse las ideas, porque la libertad de pensamiento es un valor y como tal, no se debe reprimir; y no sólo por el valor que tiene la libertad de ideas sino por razones prácticas, toda vez que no podría aplicarse una sanción de un delito que no se puede probar. "En síntesis: -sugiere Jiménez de Asúa- por ahora, en la fase interna no es posible hablar de delito, ni por ende, de penalidad" (1).

B. FASE EXTERNA

Es la segunda fase en que se divide la vida del delito, que a su vez se subdivide en cuatro momentos: resolución manifestada, actos preparatorios, actos ejecutivos y actos consumativos (2).

1.- La resolución manifiestada. Este momento se da cuando el sujeto del delito ha resuelto delinquir y manifiesta o comunica su resolución de llevar a cabo la conducta delictiva.

2.- Los actos preparatorios. Una vez manifestada la resolución, el siguiente paso es la preparación del delito. -- Hasta este momento todos los actos realizados en la preparación del delito no son sancionados por nuestro Código Penal, porque se dice que los actos de preparación son equívocos; -- pues el que compra un arma no se sabe con certeza si es para cometer homicidio o para ir a cazar, también podría ser para tenerla para su seguridad.

3.- Los actos ejecutivos. Habiéndose preparado lo necesario para llevar a cabo el delito, lo que sigue son los actos ejecutivos, los cuales sí son sancionados por las leyes penales, dado que tales actos ya entran en el campo de la tentativa o incluso de la consumación. Así pues, los actos eje-

(1) La ley y el delito, p. 460.

(2) Porte Petit, C., Celestino, Programa de la parte general de derecho penal, p. 712, UNAM, México, 1968.

cutivos dan lugar a la tentativa en cualquiera de sus formas: acabada, inacabada, o incluso la imposible, y en consecuencia podrán presentarse el desistimiento y el arrepentimiento.

a) La tentativa acabada.- La tentativa acabada o también llamada delito frustrado, consiste en la intención de cometer el delito, llevando a cabo los actos de ejecución sin que el delito se consume por causas extrañas a la voluntad del agente. Se reglamenta en el artículo 12 del Código Penal.

b) Tentativa inconclusa o imperfecta.- La tentativa inconclusa es igual que la acabada, sólo que en la inconclusa no se realizan todos los actos de ejecución sino que solamente se da un comienzo de ejecución, y el resultado no se produce también por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto.

c) Tentativa imposible o delito imposible.- La tentativa imposible también puede ser acabada o inacabada; y se produce cuando los medios para ejecutar el delito son inidóneos o por falta de objeto material.

d) Desistimiento.- Es una forma de tentativa no punible porque no se produce el resultado, pero no por causas ajenas a la voluntad del agente, como lo requiere el artículo 12, si no por causas propias, es decir, que el agente se desiste de continuar con los actos de ejecución, por lo cual las causas de que no se produzca el resultado, son causas propias: el desistimiento.

e) Arrepentimiento.- También es una especie de tentativa, puesto que se han realizado todos los actos ejecutivos necesarios para consumar el delito; pero a virtud del arrepentimiento del agente del delito, éste no se consuma porque el sujeto ejecuta otra conducta para evitar la consumación, o sea, que el sujeto impide la consumación del delito por actos de su propia voluntad (causas propias) pese a haber realizado total

mente los actos de ejecución. Asimismo, el arrepentimiento también opera cuando ya hay consumación y aún es posible volver las cosas al estado que guardaban antes de cometerse el ilícito, quiero decir, sin que se produzca ningún daño al bien jurídico que la ley protege.

C. LA TENTATIVA EN LA EVASION

Evidentemente la evasión de presos puede cometerse en grado de tentativa en cualquiera de sus especies, pero habrá que distinguir la tentativa del favorecedor y la tentativa del preso que se fuga.

El favorecimiento de fuga sancionado por el artículo 150, solamente se podrá cometer en grado de tentativa cuando dicho favorecimiento tienda a la salida material e inmediata del reo, y no a cualquier acto de favorecimiento.

Veamos la opinión de D. Sebastián Soler al respecto: "En el caso de favorecimiento, el delito se consuma cuando la fuga se ha producido, el hecho no consiste en los actos mismos del favorecimiento (llevar la lima y entregarla al preso) sino en favorecer la evasión" (1). Consecuentemente, el simple favorecimiento para la fuga sólo son actos preparatorios y no tentativa, es decir, cuando el favorecimiento consista en actos de ejecución de la fuga inmediata del reo, habrá tentativa, y cuando los actos del favorecedor sólo sean para favorecer la evasión no inmediatamente sino para una evasión futura, no habrá tentativa sino actos preparatorios, y éstos, como ya lo dijimos, no son sancionables; excepto que el delito se haya consumado, caso en el cual el favorecedor responderá como autor o como cómplice según su forma de participación.

De modo que sólo serán sancionados los actos del favore-

(1) Derecho penal argentino, t.V, p. 301.

cedor de la fuga cuando dichos actos estén encaminados directa e inmediatamente a la realización de la fuga; por tanto, - el que favorece la fuga llevando una bomba para derribar la - prisión posteriormente, o sea, el día convenido, pero el plan es descubierto antes de que se llegue tal día, el favoreci- - miento del que llevó la bomba no podrá ser considerado tenta- - tiva, toda vez que los hechos no estaban encaminados a produ- - cir directa e inmediatamente la evasión sino solamente se pre- - paraba la evasión para una fecha posterior, y consecuentemen- - te, en este delito la tentativa no se inicia con el comienzo del favorecimiento sino "con el comienzo de ejecución de los- - actos de evasión" (1).

En cuanto a la tentativa de fuga por parte del preso o - sus parientes próximos, ésta sólo podrá realizarse cuando se lleven a cabo los medios que la ley señala (artículos 151 y - 154) para estos casos, pero estos medios deben llevar el pro- - pósito de realizar la evasión, de no ser así se darán otros - delitos pero no la tentativa de fuga (2).

Finalmente, mencionaremos algunas hipótesis de tentativa en sus diferentes especies, aplicadas a la evasión. Una hipó- - tesis de tentativa acabada de favorecimiento de fuga sería el caso del guardián que abre la puerta de la prisión y comunica a los reos que pueden fugarse, pero los presos no se fugan -- por razones personales (porque pronto cumplirán su sentencia- - y no quieren convertirse en prófugos).

Un ejemplo de tentativa imposible se daría cuando al- -- quien rompe la puerta de la cárcel para que se escapen los -- presos pero la cárcel se encuentra vacía (falta de objeto ma- - terial).

(1) Varela, B. Carlos, op.cit., p. 126.

(2) Carrara, F., Programa, parágrafo núm. 2819, nota 1.

D. EL ARREPENTIMIENTO EN LA EVASION

Se da el arrepentimiento en este delito, cuando habiendo realizado todos los actos de ejecución para producir la fuga, el sujeto se arrepiente y realiza otra conducta tendiente a evitar la consumación, o si ya hay consumación, el sujeto del delito hace lo necesario para volver las cosas al estado anterior sin que se haya dañado el bien jurídico.

El arrepentimiento debería reglamentarse en la parte general del Código Penal a fin de fomentarlo para todos los delitos que lo admitan y así evitar males mayores.

En la evasión de presos tenemos, aunque pésimamente redactado en el artículo 153 del Código Penal, un claro ejemplo de arrepentimiento; ciertamente, este artículo reduce considerablemente la pena al favorecedor de la evasión que por sus gestiones se logre reaprehender al prófugo.

La medida que se toma en la ley de atenuar la pena es precisamente para fomentar el arrepentimiento; así lo manifiesta González de la Vega; he aquí su opinión: "Para estimular el arrepentimiento y porque el que causó la evasión es el más indicado para remediarla, se le invita, con la reducción de la pena, a que coopere con la autoridad" (1). En forma similar opina A. de P. Moreno al decir que "la atenuación favorece al responsable intencional del delito, si por sus gestiones se logra la reaprehensión, como medida para provocarla, con el consiguiente arrepentimiento del custodio" (2).

El problema surge cuando el responsable de la fuga no tenga derecho al beneficio de la libertad provisional, caso en el cual no es posible que privado de la libertad gestione la reaprehensión del fugado, a menos que recurra a lo que D.-

(1) El Código Penal comentado, p.255 (art.153), México, 1982.

(2) Curso de derecho penal, p. especial, p.337, México, 1968.

Demetrio Sodi aconseja, es decir, que se valga de otras personas para lograr la captura del evadido (1).

Por otra parte, es importante subrayar que tocante a la reaprehensión, ésta debe lograrse por obra del responsable y no por obra de la autoridad o por cualquiera otra circunstancia ajena a las gestiones del responsable, no importa que la autoridad lo reaprehenda, lo que importa es que sea por la intervención del responsable de la fuga, "es decir, efecto de la labor del agente. No puede ayudar para la impunidad, si (la reaprehensión) es fortuita" (2). Tampoco será tomada en cuenta esta atenuante si el arrepentimiento se da por parte del evadido, es decir, que el prófugo se presente voluntariamente, dado que la espontánea presentación no implica ninguna gestión del responsable de la fuga.

A este respecto, es importante hacer notar, que el caso del regreso voluntario del reo fugado, indebidamente nuestro Código Penal no lo reglamenta, lo cual es lamentable, pues al preso que se fuga y posteriormente se arrepiente regresando espontáneamente debería absolvérsele de la pena que le corresponde por la evasión como lo hacen muchos de los códigos extranjeros (el de Cuba, Costa Rica, Uruguay, etc.); o por lo menos debería establecer nuestro código la atenuante que le aplica al responsable de la fuga, (Código colombiano).

Carrara se pronuncia por la impunidad para el preso que se fuga (con violencia, de concierto) y posteriormente regresa motu proprio: "cuando el fugitivo fuese punible, pero, en vez de ser capturado, se hubiese reintegrado espontáneamente a la prisión, esta circunstancia debería valorarse como excusa a su favor" (3).

(1) Nuestra ley penal, t.II, p. 548, México, 1918.

(2) Maggiore, Giuseppe, op.cit., p. 383.

(3) Programa, parágrafo núm. 2815.

En consideración a que nuestro Código Penal no regula expresamente el regreso voluntario del prófugo, debemos interpretar el artículo 153 en el sentido de que la atenuante opera tanto para el responsable de la fuga como para el mismo -- preso evadido, toda vez que éste también es responsable de la evasión.

De no poca importancia es también la cuestión relativa - al arrepentimiento del responsable de la evasión de muchos -- presos y por gestiones del responsable solamente se reaprehen dan algunos pero no todos, caso en el cual ¿tendrá derecho el responsable a la atenuante del artículo 153?, el Código omite esta cuestión, pero nosotros pensamos que sería pertinente -- aplicar proporcionalmente la atenuante en relación al número de evadidos capturados, esto, con el fin de fomentar el arrepentimiento y lograr la reaprehensión.

Por otra parte, debemos decir que nuestro Código Penal - tampoco señala un plazo para la reaprehensión como lo hacen - la mayoría de los códigos extranjeros, los cuales marcan un - plazo de tres o cuatro meses para lograr la reaprehensión.

De modo que de acuerdo con nuestro Código Penal, el arre pentimiento del responsable, y la consiguiente reaprehensión, operan en cualquier tiempo antes de ejecutoriada la senten - cia. Y hay que agregar, además, que la atenuante a que nos - venimos refiriendo, es aplicable también a la evasión culposa.

E. LA CONSUMACION

Habrá consumación cuando se integren los elementos del - delito en general y los del tipo que lo describe. En efecto, cuando se den los elementos del delito en general, es decir, - la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabili - dad, la culpabilidad, etc., y se reúnan también los elementos del tipo en el caso concreto, en ese momento habra consuma - ción.

He aquí el concepto de consumación de Don Fernando Castellanos: "Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal" (1).

En cuanto al delito que nos ocupa, la consumación se da cuando el preso o detenido logra su libertad absoluta, aunque sea momentáneamente. De manera que, pese a que el Código está sancionando el favorecimiento de evasión (art.150), la consumación no se da con el simple favorecimiento sino con la evasión misma.

Pero la fuga consumada no es la simple salida de la prisión como lo afirma Cuello Calón al decir que, "El delito se consuma en el momento en que el extraído sale de la prisión o del local de su detención" (2), sino que es necesario además que el preso se encuentre fuera de la esfera de custodia. Por que si un preso sale de la prisión perseguido por los guardias y es capturado, es evidente que no hay consumación sino tentativa de fuga, porque el preso aún no se había "desvinculado de los perseguidores" como certeramente lo expresa Soler (3).

El delito se consuma aunque la libertad se recupere por breves momentos, así lo reconocen la mayoría de los autores. Veamos, por ejemplo, lo que sostiene Maggiore: "El momento consumativo se verifica en el acto mismo que el individuo reconquista su libertad; dicho resultado se realiza aunque el fugado sea recapturado de nuevo" (4).

De modo que habiéndose consumado una evasión, no podría decirse que hay fuga con violencia si los presos son buscados inmediatamente después de su fuga y al encontrarlos y reapre-

(1) Ob.cit. p. 279.

(2) Derecho penal, p. especial, t.II, p.278.

(3) Derecho penal argentino, t.V, p.298, B. Aires, 1956

(4) Ob.cit. p. 379.

henderlos se producen otros delitos con violencia; pues en este caso la fuga ya estaba consumada, y por tanto la violencia desarrollada posteriormente contra los guardias es independiente de la evasión.

Por otra parte, y en relación a la consumación, existe un problema de sumo interés relativo a la fuga permitida clandestinamente, es decir, cuando los reos salen subrepticamente de la cárcel con autorización de los funcionarios del personal (previa cuota económica), e incluso custodiados por agentes.

Es una especie de fuga no sancionada por el Código Penal Federal, pero sí en otros códigos (el del Estado de Veracruz). Así pues, en base al Código Penal Federal no podría sancionarse este tipo de conductas, o sea, la salida temporal de los presos, porque no hay propiamente fuga, puesto que los presos son custodiados hasta su regreso, y por consiguiente no hay consumación, dado que el detenido no ha recuperado su libertad en ningún momento.

He aquí lo que sobre el particular escribe Carrara: -- "Los carceleros corrompidos por dinero dejaban (dejan aún) salir momentáneamente a los detenidos y condenados, incluso por delitos graves, para que salieran a divertirse, con la promesa de volver a la cárcel, promesa que si bien se cumplía las más de las veces, no se cumplía siempre, por lo que los más precavidos los acompañaban en sus orgías" (1).

De manera que estas conductas no pueden ser castigadas en base al delito de evasión puesto que no hay evasión, es decir, no se consuma la fuga dado que no se recupera la libertad; y el mismo Carrara lo dijo, he aquí su opinión: "En rigurosos términos no resulta aplicable el título de eximición-

(1) Programa, parágrafo núm. 2814.

o evasión, porque el individuo no es substraído a la mano de la justicia" (1).

De modo que sería conveniente sancionar este tipo de conductas y así evitar en lo posible un fenómeno más de corrupción que con frecuencia se produce en las cárceles de México, y de esa forma contribuir a la "renovación moral" de la que con abundancia se habla actualmente.

II. LOS CONCURSOS

Para hablar de los concursos en la evasión, tenemos antes, que distinguir las clases de concursos que existen; así pues, se habla de concursos de delitos, concursos de personas (participación) y concursos de normas.

A. CONCURSOS DE DELITOS

Son dos las clases de concursos de delitos: el concurso ideal o formal y el concurso real o material. Hay concurso ideal cuando con una sola conducta se quebrantan dos o más disposiciones jurídico penales compatibles entre sí, (artículos 19 y 58 c.p.).

El concurso real o material (acumulación, artículos 18 y 64 del C.P.F.) se presenta cuando con dos o más conductas se quebrantan dos o más normas penales.

En cuanto al concurso de delitos en la evasión, es claro que ésta puede concurrir formal o materialmente con muchos otros delitos. Así pues, la evasión de presos puede concurrir con el delito de motín, con el de terrorismo, portación de armas prohibidas, resistencia de particulares, amenazas, injurias, daño en propiedad ajena, pandillerismo, asociación

(1) Ibidem.

delictuosa, homicidio, lesiones, disparo de arma de fuego, cohecho, privación ilegal de libertad, secuestro, etc.

Es importante decir, en relación a las lesiones, que el preso que se fuga por medio de la violencia y causa lesiones, no está en la hipótesis del concurso real (acumulación) sino en el caso del concurso formal, porque en este caso la ley señala la violencia como un medio, y por ello las lesiones producidas no dan lugar a la acumulación; es la opinión de Don Eusebio Gómez, hela aquí: "La agresión cometida por un detenido contra su guardián con el propósito de fugarse y la evasión así realizada, deben calificarse de evasión en concurso-ideal con lesiones" (1).

Sin embargo, otros autores sostienen lo contrario; Maggiore, por ejemplo, expresa: "Si el reo, fuera de la violencia y las amenazas comete otros hechos que a su vez constituyen delitos, responderá de éstos a título de concurso material" (2). De igual manera opina Soler: "Si la violencia trasciende a delito autónomo de lesiones, la evasión concurre materialmente" (3). También opinan en ese sentido Cuello Calón (4) y A. de P. Moreno (5).

Nosotros pensamos que no necesariamente tiene que ser -- concurso real el que se produzca por la realización de otros delitos en el momento de la fuga. Podrá ser concurso real o ideal, según se cometan los delitos con conductas distintas o con la misma conducta de la evasión. Así por ejemplo, si un tercero favorece la evasión de un preso matando al guardián de la prisión, es evidente que no hay concurso real sino con-

(1) Leyes penales anotadas, t.IV, p. 190, B. Aires, 1954.

(2) Ob.cit., p. 380.

(3) Ob.cit., p. 297.

(4) Ob.cit., p. 332.

(5) Ob.cit., p. 338.

curso ideal, dado que con una conducta favoreció la evasión y al mismo tiempo privó de la vida al celador.

Hemos de decir que el delito con el que más concurre la evasión no es, como podría pensarse, el de lesiones o el homicidio, sino el cohecho; este delito ha sido la causa de que jamás se pueda contar con cárceles de "máxima seguridad"; por que las prisiones podrán ser de absoluta seguridad, pero los que las administran son seres humanos y, por lo mismo falibles.

A este respecto, García Ramírez comenta: "A veces se habla de cárceles a prueba de evasiones, como si fuese posible prevenir por la arquitectura o por el sistema todos los caminos de la violencia, la astucia, la infinita paciencia del -- prisionero, la corrupción..." (1).

Es oportuno hacer mención, por otra parte, del ejemplo - que cita Carrara en el sentido de que no debe hablarse de concurso de fuga y deserción cuando se trate del soldado que se fuga; veamos las palabras textuales: "un soldado recluído en la cárcel no puede ser castigado como desertor si se fuga, -- porque no se fuga con el ánimo de abandonar la milicia, sino de sustraerse a la pena" (2).

En efecto, la conducta del soldado que se fuga no puede dar como resultado un concurso ideal ni material, pero sí puede tratarse de un concurso de normas incompatibles entre sí; porque ciertamente es una sola conducta sancionada por dos -- normas, la que sanciona la fuga y la que castiga la deserción. Pero por lo que al concurso de normas se refiere, es una cuestión a la que nos referiremos con más detalle en el subcapítulo siguiente.

(1) El final de Lecumberri, p. 191.

(2) Ob.cit., parágrafo núm. 2821, nota 1.

B. CONCURSO DE NORMAS

El concurso de normas, también denominado conflicto de normas incompatibles entre sí, se presenta cuando una misma conducta está sancionada por dos o más normas. El problema radica en saber cuál norma debe aplicarse dado que no se trata ni de un concurso real ni de un concurso ideal. Como lo veremos más adelante, nuestro Código Penal resuelve la cuestión aplicando la sanción mayor, (art. 59).

En cuanto al delito de evasión, sí podemos encontrar hipótesis en las cuales concurren dos normas para sancionar la misma conducta. Así por ejemplo, la fuga de presos con violencia también se podría sancionar como resistencia de particulares, puesto que la misma conducta encuadra tanto en el tipo que sanciona la evasión como en el que sanciona la desobediencia de particulares.

Otro ejemplo de concurso de normas en la evasión, sería el caso del que la favorece prestando el dinero que servirá para cubrir los gastos de la fuga; en este caso la conducta del favorecedor también se adecúa en el delito de encubrimiento, o sea, que hay un solo resultado delictivo al que concurren dos normas; a diferencia del concurso ideal en el cual se producen varios resultados con una conducta (v. gr. fuga y lesiones o fuga y daño en propiedad ajena).

C. LA SANCION EN LOS CONCURSOS

El Código Penal vigente sanciona los diferentes concursos (real, ideal y de normas) de la manera siguiente:

a) Para el concurso real o acumulación (varias conductas y varios resultados), establece la pena del delito mayor, a la cual podrá sumarse la de los restantes delitos, sin que el total sobrepase los cuarenta años de prisión, (art. 64).

b) Para el concurso ideal (una conducta y varios resultados), la sanción es la del delito mayor, a la cual podrá sumarse una mitad del máximo de su duración, (art.58). De modo que, de acuerdo con este artículo, al parricida que de un tiro priva de la vida a sus padres, podrá sancionársele con la pena de cuarenta años más la mitad de ésta, que sumarán sesenta años de prisión, lo cual es contradictorio con el artículo 25, según el cual la pena de prisión será de tres días a cuarenta años.

En base a los dicho anteriormente, podemos decir que en ese ejemplo también existe un conflicto de normas, pues hay una evidente contradicción entre el artículo 58 y el artículo 25 del Código Penal aplicados al delito de parricidio (art. 324). En este caso especialmente, pensamos que debería resolverse el conflicto de normas aplicando la norma más favorable para el reo. Porque en otros casos de conflicto de normas el Código ordena aplicar la sanción mayor, como lo veremos en seguida.

c) En efecto, para el concurso de normas incompatibles - entre sí (una conducta y un resultado sancionado por varias - normas), la pena aplicable según el Código, será la del delito mayor; o en otros términos, se aplicará la pena que más -- perjudique al reo, (art.59).

D. CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO (PARTICIPACION)

Se ha llamado participación delictuosa a la concurrencia de más de una persona en el delito sin que el tipo lo requiera, o, en otros términos, habrá participación cuando concurren en un delito más de una persona en calidad de autor o cómplice. Por ello se piensa que el término "participación" es inapropiado, porque el autor no es partícipe sino autor, - el único partícipe es el cómplice. De modo que el nombre correcto debe comprender a los dos sujetos.

Así pues, el concurso de personas en el delito se reduce a sólo dos clases, o sea, el autor y el cómplice. La figura del autor se ha dividido en cuatro especies: el autor intelectual o instigador, el autor material o inmediato, el autor mediato y el coautor.

I. EL AUTOR

a) Autor intelectual o instigador.- El autor intelectual es el que por instigación, se vale de otro para cometer el delito, es decir, determina a otro a cometerlo.

Veamos lo que Mezger opina al respecto: "Instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar de tal manera, a que cometa el hecho como autor" (1).

El autor intelectual lo reglamenta el Código Penal en el artículo 13: Son responsables de los delitos: fracción II: los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

b) Autor material o inmediato.- El autor material es el que ejecuta la conducta descrita en el tipo, o el que realiza los elementos típicos. Ahora citaremos un concepto de Welzel, quien al referirse al autor expresa: "Autor es todo - - aquel que ejecuta la acción, el 'quién' sin nombre, usado por la mayoría de los tipos" (2).

En el mismo artículo 13 de nuestro Código se regula al autor material: "Son responsables de los delitos fracción I: Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.

c) Autor mediato.- El autor mediato es el que se vale de

(1) Derecho Penal, p. general, p. 313, Buenos Aires, 1958.

(2) Derecho Penal, p. general, p. 72, Buenos Aires, 1956.

otra persona que se encuentra protegida por una excluyente de responsabilidad, para cometer el delito; es decir, puede valerse de una persona cuya conducta es lícita a virtud de una justificante; o también puede valerse de un inimputable, de un inculpable, o de una culpable culposo, etc.

Es oportuno que citemos lo que Maurach expresa sobre el autor mediato, he aquí sus palabras: "Autor mediato lo es - - quien, para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento)" (1).

Esto significa que el autor material, en este caso, es - un instrumento del autor mediato, según el concepto acertado de Maurach. También encontramos regulado el autor mediato en el art. 13 fracc. II. (los que inducen o compelen a otro...).

d) Coautor.- El coautor es otro autor que conjuntamente con el autor (intelectual, material o inmediato) comete el delito.

Por tanto, de acuerdo con el concepto anterior, no podemos hablar de coautor en general; para referirnos al coautor-tendremos que especificar a qué tipo de coautor aludimos, es decir, coautor intelectual, coautor material, o coautor mediato.

Sobre el particular, Mezger dice: "Coautor es el que, como autor inmediato o mediato, comete un hecho punible conjuntamente con otros autores, esto es, en cooperación consciente y querida" (2)

2. COMPLICIDAD

El cómplice o partícipe es el que ayuda, auxilia o coope

(1) Tratado de Derecho Penal, t.II, p.306, Barcelona, 1962.

(2) Ob.cit., p. 311.

ra, para que se cometa un delito. "Complicidad es la prestación de ayuda dolosa a un hecho doloso" (1).

La idea de cooperación o ayuda, representa una accesoriedad en la conducta del autor, por lo cual, se deduce, que si no hay autor de un delito, tampoco habrá cómplice.

Por otra parte, debemos aclarar que para que haya complicidad en un delito es necesario que haya un nexo causal entre la ayuda o cooperación y el resultado típico.

El cómplice se encuentra reglamentado en el mismo artículo 13 del Código Penal que se refiere al auxilio y cooperación para cometer el delito (fracc. III), o la cooperación posterior al delito con acuerdo previo al mismo (art. 400 c.p. fracc. IV).

3. AUTORIA Y COMPLICIDAD EN LA EVASION

Las figuras del autor y el cómplice tienen especial interés en relación a la fuga de presos, toda vez que el artículo 150 que sanciona la fuga, se refiere al favorecimiento de evasión, y como sabemos, el auxilio o favorecimiento en un delito dan lugar a la complicidad.

De modo que debemos establecer en este delito, la diferencia del cómplice con el autor, porque en cualquier otro delito el favorecimiento hace surgir únicamente la figura del cómplice; pero en la evasión, el favorecedor es autor, es decir, que el que coopere o ayude para que se realice la fuga, la está favoreciendo, y por ende ya no es cómplice sino autor.

Lo manifestado anteriormente nos permite inferir que en la evasión de presos ¿no puede darse la figura del cómplice?— puesto que cualquier cooperación o ayuda en la fuga es un favorecimiento de la misma, y como el Código sanciona el favore

(1) Welzel, ob. cit., p. 123.

cimiento, luego entonces el que ayuda en la fuga es autor.

La deducción hecha anteriormente no es del todo exacta, como lo veremos inmediatamente. En efecto, el artículo 150 - se refiere al que favorece la fuga como autor; de modo que dicho favorecimiento debe ser suficiente y necesario para producir la fuga; porque si tal favorecimiento no es capaz de producirla, pese a ser favorecimiento de evasión, el sujeto sólo será cómplice de la misma, ya que su cooperación es secundaria.

El criterio anterior podemos respaldarlo con la opinión de Cuello Calón, hela aquí: "Si los actos por éstos (favorecedores) ejecutados son de cooperación secundaria podrán responder en concepto de cómplices" (1).

Así pues, no es certera la afirmación de Ricardo Levenecundo cuando escribe: "El propio favorecedor no es cómplice de este delito" (2). No será cómplice cuando el favorecimiento sea - la causa de la fuga, en cuyo caso el favorecedor es autor; pero cuando el favorecimiento es subsidiario o complemento de otro favorecimiento principal, el sujeto favorecedor no será autor sino cómplice.

(1) Ob.cit., p. 336.

(2) Ob.cit., p. 339.

CAPITULO OCTAVO

CONCLUSIONES

1.- La evasión consiste en que una persona legalmente -- privada de su libertad, quebrante tal privación en forma ilegal.

2.- El origen del delito de evasión es coexistente con la historia de las cárceles. Desde que las cárceles existen ha existido este delito. Sin embargo, la autoliberación de un preso es un delito artificial, y por lo mismo no debería existir.

3.- La pena por el delito de evasión es similar en casi todos los pueblos de la antigüedad, ya que todos los pueblos primitivos coinciden en la crueldad de sus castigos; aún la autoliberación fue severamente castigada.

4.- No fue sino hasta el siglo pasado cuando se empezó a legislar en el sentido de no sancionar al reo que se fugaba sin medios violentos. Actualmente sólo en un limitado número de leyes, certeramente se ha establecido la exención de pena para el preso que se fuga, sancionando únicamente los delitos producidos con los medios que utilice.

5.- El Código Penal vigente en el Distrito Federal reglamenta este delito en seis artículos cuyo contenido es a todas luces defectuoso, por no decir absurdo; lo cual es comprensible toda vez que su vigencia ya supera el medio siglo.- En lo que a la evasión se refiere, los errores son innumerables; sanciona conductas no sancionables y deja sin castigar otras que si lo merecen.

6.- Así pues, indebidamente nuestro Código Penal sanciona al preso que se fuga, estableciendo así, un delito artificial; dado que esta conducta es irreprochable. El instinto de libertad no debe considerarse una conducta criminal.

7.- Aparte de sancionar al preso por el delito de fuga, inexplicablemente el Código también lo sanciona por el quebrantamiento de condena, siendo que en la actualidad la auto liberación, vista como fuga o como quebrantamiento de condena, sólo merece una sanción administrativa de tipo disciplinario pero nunca una pena que implique un procedimiento judicial.

8.- Otros de los aspectos censurables en el Código Penal que a modo de ejemplo citamos, son los siguientes:

- a) No sanciona al favorecedor de una fuga clandestina y transitoria.
- b) No establece ninguna sanción pecuniaria para la evasión en cualquiera de sus especies.
- c) Exime de responsabilidad a determinados parientes del preso que favorezcan la fuga (algunos sin merecerlo), y omite mencionar a otros deudos que se encuentran en igualdad de circunstancias y que por lo mismo deberían estar exentos de pena.
- d) No contempla ninguna atenuante para el prófugo que espontáneamente regresa, etc. etc.

9.- En la evasión es posible imaginar hipótesis de inexistencia de delito por concurrir cualquiera de las formas de ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de licitud, las formas de inculpabilidad y las excusas absolutorias.

10.- La evasión, en cualquiera de sus formas, es un delito que admite la culpa. Pueden incurrir en evasión culposa -

incluso los particulares, excepto el preso y sus parientes -- próximos que le favorecen la fuga.

11.- Para que la autoliberación o fuga tenga efectos de lictivos en el evadido, los medios que el Código establece de ben ser atribuidos al mismo preso; no existirá delito si el reo solamente aprovecha la violencia, o el concierto debido a otros.

12.- En lo que al concierto se refiere (art.154 c.p.),- debemos decir que no es suficiente la existencia del simple "concierto"; para que la fuga sea delictuosa es necesario ade más, que se fugue por lo menos otro preso.

13.- La consumación de la fuga se da cuando el detenido- o preso recobra su absoluta libertad, aunque sea momentánea- mente.

14.- No se debe tomar en cuenta la reiteración del deli- to de fuga o el simple intento de la misma, para tener por -- reincidente al preso. En consecuencia, tampoco y de ninguna- forma se le puede atribuir el carácter de delincuente habi- -- tual; el amor y el instinto a la libertad no deben conside-- rarse un hábito criminal.

15.- Según nuestra opinión, la fórmula ideal en que debe reglamentarse la evasión de presos es la siguiente:

Art. 150.- Al que favorezca la evasión o ponga en liber- tad a una persona legalmente detenida, o ilícitamente le per- mita la salida temporal, se le impondrán de seis meses a seis años de prisión y multa hasta de treinta veces el salario. - Cuando los evadidos sean más de dos, la sanción será de cua- tro a doce años de prisión y multa hasta de sesenta veces el- salario.

Art. 151.- Si el responsable de la evasión fuere el en--

cargado de conducir o custodiar al prófugo, o que por su empleo tuviere la obligación de impedir la fuga, podrá además - ser destituido de su empleo e inhabilitado para obtener otro durante el doble de tiempo de la pena corporal impuesta.

En todo caso, el responsable de la evasión está obligado a reparar el daño a que estaba obligado el prófugo; esta sanción y las del párrafo anterior así como la multa establecida en el artículo 150, podrán aplicarse aun cuando la evasión se cometa culposamente.

Art. 152.- Ninguna sanción se aplicará por la evasión, - a los ascendientes del evadido, sus descendientes, cónyuge, - concubina o concubinario, su adoptante o adoptado, hermanos y parientes por afinidad hasta el segundo grado y demás personas que guarden con el prófugo una relación de crianza. Este artículo no es aplicable cuando los parientes antes señalados tengan el deber de impedir la fuga en los términos del artículo 151 párrafo primero

Art. 153.- En caso de reaprehensión o presentación espontánea del prófugo por gestiones del responsable de la evasión, deberá en cualquier momento, disminuirse a éste la pena - correspondiente hasta una cuarta parte, tomando en cuenta el número de evadidos y el de reaprehendidos, su peligrosidad y la gravedad de los delitos que cometieron.

Art. 154.- A la persona privada legalmente de su libertad que se fugue no se le aplicará ninguna sanción de las establecidas en este delito.

BIBLIOGRAFIA

Los autores que se citan en el presente trabajo son los siguientes:

- Alba, Carlos H., Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano, Ediciones especiales del Instituto indigenista interamericano, México, 1949.
- Asinof, Eliot, "Kaplan" Fuga en diez segundos, Lasser Press - Mexicana, S.A., México, 1982.
- Cárdenas Hernández, Gregorio, Adios Lecumberri, Ed. Diana, S. A., México, 1981.
- Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho penitenciario - cárdel y penas en México, Ed. Porrúa, S.A., México, 1981.
- Carrancá y Rivas, Raúl, El drama penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982.
- Carrancá y Trujillo, R.- Carrancá y Rivas, R., Código penal - anotado, Ed. Porrúa, S.A., México 1983.
- Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho penal mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982.
- Carrara, Fransesco, Programa de derecho criminal, parte especial, vol. V, Ed. Temis, Bogotá, 1973.
- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1975.

- Cuello Calón, Eugenio, Derecho penal, parte especial, t.II, - Bosch, Casa Editorial, Barcelona, segunda edición.
- Epicteto, Máximas, Ed. Porrúa, S.A., Colecc. "Sepan cuantos", núm. 283, México, 1975.
- Fontán Balestra, Carlos, Derecho penal, parte especial, Ed. - Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- García Ramírez, Sergio, El final de Lecumberri, Ed. Porrúa, - S.A., México, 1979.
- García Ramírez, Sergio, Manual de prisiones, Ed. Porrúa, S.A., México, 1980.
- Goldschmidt, James, La concepción normativa de la culpabilidad, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943.
- Gómez, Eusebio, Leyes penales anotadas, t.IV, Ediar Soc. Anón, Editores, Buenos Aires, 1954.
- González de la Vega, Francisco, El Código Penal comentado, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982.
- Herrera Lasso y Gutiérrez, Eduardo, Garantías constitucionales en materia penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
- Hesíodo, La Teogonía, Editora Nacional, México, 1971.
- Hugo, Víctor, Los miserables, Ed. Porrúa, S.A., Colecc. "Sepan cuantos..." núm. 77, México, 1982.
- Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1980.
- Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de derecho penal, t.I, Ed. Losada, S.A., Buenos Aires, tercera edición.

- León Sánchez, José, La isla de los hombres solos, Organización Editorial Novaro, S.A., México, 1970.
- Levene, Ricardo (H), "Evasión de presos" (Enciclopedia Jurídica Omeba, t.XI), Editorial Bibliográfica Argentina.
- Maggiore, Giuseppe, Derecho penal, vol. III, Ed. Temis, Bogotá, 1972.
- Malo Camacho, Gustavo, Historia de las cárceles en México, -- Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
- Maurach, Reinhart, Tratado de derecho penal, t.I y II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- Mezger, Edmundo, Derecho penal, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- Mommsen, Teodoro, El derecho penal romano, t.II, España Moderna, Madrid.
- Moreno, Antonio de P., Curso de derecho penal, parte especial, Ed. Porrúa, S.A., México, 1968.
- Núñez, José Manuel, "El dolor moral como causa determinante en la evasión", Revista Jurídica Argentina "La Ley", t.- 49, enero, febrero y marzo, 1948.
- Pacheco, Joaquín Francisco, El Código Penal concordado y comentado, Madrid, 1856.
- Petit, Eugéne, Tratado elemental de derecho romano, Editora Nacional, México, 1971.
- Platón, Diálogos (Critón o del deber), Ed. Aguilar, S.A., - (Platón, obras completas), Madrid, 1977.

Porte Petit C., Celestino, Apuntamientos de la parte general-
de derecho penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1978.

Porte Petit C., Celestino, Importancia de la dogmática jurídi-
co penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1954.

Puig Peña, Federico, Derecho penal, t.III, Ediciones Nauta, -
S.A., Barcelona, quinta edición.

Rodríguez Muñoz, J.A., Derecho penal, parte especial, Madrid,
1949.

Sánchez Tejerina, Isaías, Derecho penal español, parte espe-
cial, t.II, Madrid, 1950.

Sodi, Demetrio, Nuestra ley penal, t.II, México, 1918.

Soler, Sebastián, Derecho Penal argentino, t,I, IV y V, Tipó-
gráfica Editoria Argentina, Buenos Aires, 1956.

Varela, Bernardo Carlos, "El delito de evasión", Cuadernos de
los Institutos núm. 107, Universidad Nacional de Córdoba,
Argentina, 1970.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal mexicano, Ed. Porrúa, S.A.,
México, 1975.

Welzel, Hans, Derecho penal, Roque Depalma Editor, Buenos - -
Aires, 1956.

Worker, Dwight y Bárbara, Fuga de Lecumberri, Ed. Diana, S.A.,
México, 1982.

Agradezco al profesor, Licenciado José Jiménez - -
Gregg, la dirección de este trabajo así como la re-
visión del Dr. Raúl Carancá y Rivas, director del -
Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Dere--
cho de la Universidad Nacional Autónoma de México.