

271
247



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

U. N. A. M.
DERECHO

LA VIOLACION IMPROPIA COMO DELITO
ANORMAL Y EQUIPARADO A LA VIOLACION

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

RUBEN PALACIOS LEDESMA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





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.

I N D I C E

	Págs.
Introducción	
EL TIPO	
1.1 El Tipo como Presupuesto General del Delito.....	2
1.2 Como Indicador de la Antijuridicidad.....	7
1.3 Teoría de Beling.....	14
1.4 Clasificación en Orden al Tipo.....	27
1.4.1 El Objeto.....	53
1.4.2 El Objeto Material.....	54
1.4.3 El Objeto Jurídico.....	56
1.5.1 Elemento Objetivo o Material.....	56
1.5.2 Elemento Subjetivo.....	60
1.5.3 Elemento Normativo.....	65
1.6.1 Sujeto Activo.....	67
1.6.2 Sujeto Pasivo.....	74
CAPITULO SEGUNDO	
EL DELITO	
2.1 Conducta.....	83
2.2 Tipicidad.....	92
2.3 Atipicidad.....	97
2.4 Antijuridicidad.....	102
2.5 Culpabilidad y sus Presupuestos.....	111
2.5.1 Imputabilidad.....	112
2.5.2 Inimputabilidad.....	118

2.5.3 Culpabilidad.....	122
2.5.4 Responsabilidad.....	135

CAPITULO TERCERO

PUNIBILIDAD

3.1 Condiciones Objetivas de Punibilidad.....	147
3.2 Individualización de la Pena.....	151
C O N C L U S I O N E S	168
BIBLIOGRAFIA.....	177

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

En el presente trabajo de Tesis se aborda la problemática que existe en torno al delito de violación impropia contemplado en el artículo 266 del Código Penal, aplicable al Distrito Federal en el Fuero Común y para toda la República en el Fuero Federal.

Una de las principales causas que nos motivo para realizar dicha investigación es el creciente número de delitos de esta naturaleza ya que incluso hasta en los medios de comunicación como es la televisión se ha hecho Spots de prevención en contra del abuso a los menores de edad, previendo el peligro de la seguridad sexual dignidad personal, etcétera y en algunos casos problemas irreversibles, en otros casos los padres nunca se enteran del ataque de que fueron víctimas sus hijos.

Dentro del Primer Capítulo presentamos un panorama de la forma en que se dio origen al tipo y sus elementos, tomando en consideración el estudio Teórico-Legal realizado.

En el Segundo Capítulo explicamos lo que es el delito y los elementos que lo integran, dando a conocer los requerimientos del tipo en relación a la dogmática del delito.

En el Tercer Capítulo hablamos de la Penalidad que de acuerdo al momento de la realización de nuestro trabajo era de seis a ocho años de prisión.

Debe aclararse, que el delito analizado recientemente ha sufrido modificaciones en la ley, que por la temporalidad del ensayo que se presenta, no fueron tomados en cuenta ya que estas fueron publi-

casas el día 3 de enero de 1989, ampliando las posibilidades de la conducta ilícita, al comprender la posibilidad del empleo de violencia física, como una forma de calificar el delito de equiparado a la violación, el que de por sí ve aumentada la pena de ocho a catorce años de prisión, lo que revela la preocupación de la sociedad, - transmitida al legislador, por la frecuencia de la aparición de la cópula en personas incapaces de resistir esa conducta por su edad o posibilidades físicas y las consecuencias sobre todo psíquicas que acarrea en la persona que recibe la conducta ilícita en mención, lo que en forma patente corrobora la hipótesis principal del trabajo - realizado, relativa a la importancia de su estudio por la marcada incidencia en nuestro medio social.

CAPITULO PRIMERO

EL TIPO

- 1.1 EL TIPO COMO PRESUPUESTO GENERAL DEL DELITO
- 1.2 COMO INDICADOR DE LA ANTIJURIDICIDAD
- 1.3 TEORIA DE BELING
- 1.4 CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO
 - 1.4.1 EL OBJETO
 - 1.4.2 EL OBJETO MATERIAL
 - 1.4.3 EL OBJETO JURIDICO
- 1.5.1 ELEMENTO OBJETIVO O MATERIAL
- 1.5.2 ELEMENTO SUBJETIVO
- 1.5.3 ELEMENTO NORMATIVO
- 1.6.1 SUJETO ACTIVO
- 1.6.2 SUJETO PASIVO

1.1 EL TIPO COMO PRESUPUESTO GENERAL DEL DELITO.

La Constitución General de la República en su artículo 14 - concibe el tipo como un presupuesto del delito al establecer "...en los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún mayoría de razón pena alguna que no este decretada - por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..." tal posición significa: que se debe crear un cuerpo de normas que determine las conductas que son delictuosas, esto se cubre con el tipo - penal, entonces debemos considerarlo en primer término como: sistemática o fundamentador en base al contenido delimitado. En el Código Penal se dice "...un comportamiento es típico cuando coincide con lo previsto en un tipo penal...". Por ello tenemos que, el tipo penalmente es "...un instrumento legal necesario de naturaleza descriptiva, con la finalidad de individualizar conductas humanas penalmente relevantes..."(1) .

Se considera al tipo como instrumento legal necesario por ser un dispositivo, ubicado en la ley y no en el delito, además de ser requerimiento legal, siguiendo con los lineamientos planteados, el tipo es de naturaleza descriptiva, independientemente que describe conductas, no siempre habla de las prohibidas, sino que en ocasiones habla de las debidas, esta descripción que se redacta es en un lenguaje entendible encontrando la conducta en la acción humana que se traduce en una que es extensiva, esto significa que puede abar-

car conductas de terceros, objetos , horas, lugares y resultados. - Esta descripción puede ser la exteriorización, o no de una conducta humana, pero en cualquiera que sea el caso, es indispensable la exteriorización de voluntad. A veces esta descripción se vale de otro método que acompañe o complemente a la misma conocida como remisión valorizada que es restrictiva en general; como antecedente podemos citar que en el Código Penal Alemán en el artículo 59 del año 1871 el autor Bending, establece dos aspectos esenciales de la Ley Penal "...el precepto que es la norma que establece la pena y la sanción que comprendía los elementos determinantes de punibilidad..."(2) de aquí se desprende que "...el delincuente no obra contra la Ley, sino contra las normas que le preceden, el delincuente hace lo que -- expresa la ley como ejemplo podemos citar el caso de el homicidio - que al hacerlo viola la norma que prohíbe matar..."(3) (artículo 302 del Código Penal "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro"). Luego entonces tenemos que se viola la norma y no la Ley Penal. Además era aceptado como el conjunto de caracteres integrantes del delito. Tanto los objetivos como los subjetivos esto -- incluyendo el dolo o la culpa.

Haciendo una comparación de como lo definen los diferentes autores tenemos que: El Profesor Mariano Jiménez Huerta, citado por Fernando Castellanos Tena lo define como: "...el injusto recogido y

2.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII, Rep. Z. México, D. F., 1984. UNAM. Pág. 281
 3.- Idem.

descrito en la Ley Penal..."(4) . Para Javier Alba Muñoz, era considerado como "...descripción legal de la conducta y del resultado..."(5) para Edmundo Mezger "...no es simple descripción de una conducta antijurídica sino la ratio essendi de la antijuridicidad..."(6).

Por otra parte, tenemos que la ley consigna los tipos y además determina las penas a las conductas formuladas por ser opuestos a - los valores que el Estado esta obligado a tutelar, ya que en los tipos se establece las prohibiciones y mandatos para asegurar la vida comunitaria, luego entonces como consecuencia tenemos que no hay de lito sin tipo legal. Para Porte Petit "...el tipo existe previamente a la relación de la conducta entendiendo que ésta será tipicamente antijurídica o típica lícita ya que no se puede negar que desde que nace el elemento objetivo y se adecúa al tipo la conducta debe ser lícita o ilícita según sea descrito por la ley..."(7) Beling - lo considera como "...una mera descripción de una conducta determinada..."(8) ya que se le aceptaba como el objeto de un juicio de valor jurídico formulado por elementos conceptuales que se desprenden de la norma jurídica. Continuando con Mezger, nos habla de las descripciones del delito y de la plasmación no valorativa de un he-

4.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte Gnal. 20a. Ed. México, D. F., Edit. Porrúa, S.A., 1984. Pág. 168

5.- Idem.

6.- Citado por Fernando Castellanos Tena. Op. cit., Pág. 169

7.- Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. 10a. Ed., México, D. F., Edit. Porrúa, S.A., 1985. Pág. 429

8.- Citado por Castellanos Tena Fernando. Op. Cit., Pág. 166

cho para descubrir la expresión de los elementos típicos de una determinada clase del delito. El tipo se convirtió en materia de prohibición de las disposiciones jurídicas penales, en la descripción objetiva del comportamiento prohibido, el tipo sirve para esclarecer el bien jurídico que el legislador contempló en relación a la norma penal, la acción que realiza el tipo de una Ley Penal se denomina hecho antijurídico, el tipo describe la materia de prohibición, siendo un conjunto de elementos característicos de una determinada clase de delito, comprendiendo todo lo típico en el sentido de prohibición de la norma.

Existen dos clases de tipo a continuación "...a) Total.- es el que reúne todas las circunstancias relativas a la antijuridicidad incluyendo las causas de justificación. b) De Garantía.- se compone de los elementos que participan en la función de garantía de la Ley Penal..."(9). La Suprema Corte de Justicia de la Nación - hablando de jurisprudencia establece que el tipo delictivo según la doctrina se define como "...el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena..."(10) En otra ejecutoria se determina que es bien sabido que el tipo en el sentido jurídico penal, significa "...el injusto descrito concretamente por la Ley, por lo tanto una acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica porque cuando

9.- Jesencheck H. H. Tratado de Derecho Penal, Vol. I, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981. Pág. 332

10.- Citada por Porte Petit Celestino. Op. cit., Pág. 424

hay ausencia de alguno de sus presupuestos es imposible que el tipo llegue a configurarse..."⁽¹¹⁾ Retomando los criterios previamente enunciados encontramos que el tipo es: "...un concepto formado por la abstracción de supuestos de hechos que contienen modalidades y - referencias a la acción. Cuantas clasificaciones se hayan en orden al acto o al resultado encierran distintas especies del tipo, empezando por la acción y la omisión, éstos se entienden como los delitos comisivos y omisivos... y sólo un grupo reducido de hechos se dan en la vida cotidiana, está penado por la Ley, para ello la misma lo prevee de modo que la conducta que se pena se adecúe exactamente a lo previsto, pero el legislador selecciona los rasgos esenciales que resulten suficientes para que el hecho se convierta en - un delito y cuando una circunstancia tenga significación penal la - ley deberá decirlo expresamente..."⁽¹²⁾ Siguiendo los lineamientos- establecidos del artículo 14 Constitucional, retomados por el Código Penal en su artículo 7^o ; para que una conducta pueda considerarse como delictuosa requiere de su previa descripción dentro de un - cuerpo normativo, como sucede con la conducta prevista en el artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal, creando el instrumento legal necesario de naturaleza descriptiva que individualiza la - cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no - pueda producirse voluntariamente respecto a las relaciones sexuales

11.- Citada por Porte Petit, Celestino. Op. Cit., Pág. 424

12.- Cita a Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 2a. Ed., No. 1226, lo cita Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI. Pág. 208

que se efectúen (que más adelante veremos detalladamente), constituyendo con ello un precepto que no sólo describe una conducta sino - que menciona la sanción aplicable para quien la realice, como puede observarse de la lectura del precepto mencionado dentro de la descripción no se da el resultado y por ello lo consideramos un tipo - de mera descripción de conducta que dentro de su constitución describe la materia de prohibición y esclarece que su redacción pretende proteger la seguridad sexual y por ello crea un hecho antijurídico. Este tipo es total por reunir todas las circunstancias de la antijuridicidad y de garantía de la Ley Penal, desde el momento que - el artículo 266 nos explica cual es la conducta que jurídicamente - se concibe como violación impropia y equiparada a la violación, este tipo es un presupuesto general del delito previamente mencionado pues la satisfacción de la descripción llevara al surgimiento del - delito de violación impropia o equiparado a la violación.

1.2 COMO INDICIADOR DE LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad para Mezger significa que "...no toda la -- acción antijurídica es punible, ya que debe estar descrita previamente en un tipo especial..."⁽¹³⁾ ahora bien, todas las ramas del Derecho contemplan conductas contrarias al mismo, esto es que son antijurídicas. El Derecho Penal sólo abarca las conductas que por su

13.- De P. Moreno Antonio. Derecho Penal Mexicano, Parte Especial de los Delitos en Particular, It. México, D.F., Edit. Porrúa, S.A., 1986, Págs. 31 y 32

naturaleza destacadamente antisocial y destructora considera el estado que debe reprimirse mediante la aplicación de una pena. La antijuridicidad se puede considerar como "...la acción delictuosa que debe ser antijurídica (esto quiere decir) que sea contraria a derecho..."⁽¹⁴⁾ según el autor ya citado sólo es punible si es antijurídica además dice que el derecho es concreto y tajante en cuanto que en el Derecho Penal una acción es una acción prohibida o no prohibida y por lo tanto conforme a derecho o antijurídica, esto es que no existe algo intermedio que en otras palabras sería un actuar jurídicamente indiferente, por lo tanto, tenemos que la antijuridicidad es: a) Una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, - b) Una perturbación de manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el derecho, entonces se considera que esta es contraria al - interés social y contra el derecho, así como al afectivo comportamiento realizado por la persona a quien debe aplicarse la reacción del derecho. Por lo tanto podemos considerar que el que comete una antijuridicidad infringe un deber jurídico, ya que esta en la base de la tipicidad, el autor Jesecheck sostiene que la antijuridicidad es "...la contradicción con relación al derecho, ya que este es para la protección de la vida colectiva del hombre en sociedad..."⁽¹⁵⁾ se preveen normas jurídicas que se consideran exigencias ajustadas al orden colectivo, entonces tenemos que la esencia de la antijuridicidad se da o se encuentra en la violación de un comportamiento -

14.- De P. Moreno Antonio. Op. cit., Págs. 31 y 32

15.- Ob. cit., Pág. 315

ya sea en el deber de hacer o de no hacer (omitir) algo que establece la norma jurídica; existen dos clases de antijuridicidad:

a) Formal.-aquí se toma en cuenta la contradicción de la acción con el mandato de la norma, la antijuridicidad en la contradicción con una norma jurídica también se considera como la relación existente entre la acción con una norma.

b) Material.-es el menoscabo que se da en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente, esto significa que el legislador relaciona con una pena un determinado comportamiento y crea los tipos penales y los órganos encargados de la administración de justicia para la aplicación penal al caso concreto, también hace posible la interpretación de los tipos en base a los fines y perspectivas valoratorias que lo inspiran, podemos admitir la presencia de una causa de justificación en los supuestos que no haya previsto la ley, su principal exponente e iniciador de este criterio fue Liszt-Lehrbuch.

Castellanos Tena, por su parte sostiene con respecto a que es de esencial importancia para la integración del delito y siendo a su vez un concepto negativo para Javier Alba Muñoz "...es la contradicción objetiva de los valores estatales, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder..."⁽¹⁶⁾ Siendo la antijuridicidad solo objetiva ya que sólo atiende al acto o a la conducta externa, una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no es pro

tejada por una causa de justificación, esto es la violación del valor o bien protegido que se especifica en un tipo penal respectivo, ya que los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal, protegen y salvaguardan el bien jurídico. Para Carlos Bending, se da cuando "...la norma crea lo antijurídico y la ley crea la acción punible, esto es que la norma valoriza y la ley describe. Para Mezger- es la contradicción de las normas de cultura reconocida por el estado..."(17) .

Como podemos observar los autores mencionados en una y otra -- forma coinciden que el tipo delictivo no contiene únicamente la descripción de una conducta que labora el legislador, sino que a esto añaden que esa conducta posee las características de ser antijurdica, ya sea porque se establece una represión mediante la aplicación de una pena o porque se considera a la conducta desde el punto de - vista de la lesión objetiva de las normas jurídicas a la que se llega mediante una valoración que lleve a establecer una valoración de interés social y consecuentemente al derecho, estas posiciones señalan a la antijuridicidad como indicador provocando el análisis necesario de derecho, termino a fin de poder comprender el fondo de la teoría que analizaremos.

La palabra indiciador se deriva de indicio que etimológicamente significa "...signo o señal, por lo tanto el indicio es toda la acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga -- permitiendo inferir su existencia y modalidad..."(18) también se di

17.- Citados por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit.; Pág. 177

18.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV, ED. Bibliográfica, Argentina. 1968, Pág. 487

ce del indicio que es todo hecho que guarda relación con otro o es cualquier acontecimiento y por eso tenemos que existen tantos indicios como casos, de acuerdo con su significado podemos darnos cuenta que cuando hablamos de indicios los podemos clasificar en:

a) Necesarias.- son aquellos que no pueden faltar.

b) Dudosos o Probables.- son los que no hace argumentos por sí solos, pero unidos a los demás confirman la cosa.

Si partimos desde el punto de vista de la raíz latina de la palabra analizada y que se caracteriza como "...indiciarse se le puede considerar como hecho, el elemento o circunstancia que se sirve de apoyo..."¹⁹ El indicio como tema de nuestra investigación "...tiene relación con los medios de prueba ya que constituyen los elementos esenciales formados por hechos o circunstancias conocidos que se utilizan como base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos hechos diferentes pero relacionados entre sí, desde el punto de vista casual o lógico..."⁽²⁰⁾ también se le considera a las circunstancias y antecedentes que teniendo relación con el delito pueden fundar una opinión sobre la existencia de los hechos que se investigan. El tipo como función indiciaria de la anti-juridicidad, es una tesis sostenida por Mayer, que da al tipo penal un valor indiciario de antijuridicidad, esto quiere decir que toda conducta que se ha encuadrado en un tipo debe valorarse como presumiblemente antijurídica esto es que el encuadramiento al tipo es un

19.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. Ob. cit., Pág. 78

20.- Idem.

indicio de la ilicitud. Para Porte Petit, no es aceptable la tesis de Mayer porque no es exacto que toda conducta o hecho que se adecúe al tipo es presumiblemente antijurídica, ya que la conducta es lícita o ilícita desde su nacimiento pues de otra forma habría que admitir de acuerdo con el Ratio Cognosendi que al no existir una causa de licitud toda conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica.

EL TIPO COMO RATIO ESSENDI DE LA ANTIJURIDICIDAD, TEORIA DE LA IDENTIDAD O DE LA SUPERACION.

Esta teoría consiste en que el tipo de la Ratio essendi de la antijuridicidad denominada por Puig Peña de la superación, Mezger, dice que "hay escritores que conciben al tipo como indicio, como -- fundamento cognitivo de la antijuridicidad de la conducta, los que no están de acuerdo con esta teoría dicen que el tipo es un indicio y no un fundamento real de la antijuridicidad de la conducta". Ahora bien, Mezger al hablar de tipo como fundamento de la antijuridicidad dice "...que el que actúa típicamente, también lo hace antijurídicamente en tanto que no exista una causa de exclusión de injusto y en caso de que así fuera la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad, para la Suprema Corte de Justicia es aceptable el criterio de Mayer al sostener que el tipo delictivo es indicio de la antijuridicidad pero nunca fundamento de la culpabilidad..." (21)

LA ANTIJURIDICIDAD COMO RATIO ESSENDI DEL TIPO.

Para Fernando de Moreda, no sólo es tipicidad la Ratio Essendi de antijuridicidad sino que todo lo contrario es la antijuridicidad donde hay que buscar la Ratio Essendi de la tipicidad, ya que cuando una conducta humana es tipificada en las disposiciones penales, cuando no concurren otras causas de justificación de ellas esto es que la antijuridicidad es la base de la tipicidad, es un antecedente y si no concurren estas causas la conducta delictiva queda sujeta a la acción penal.

De acuerdo con lo previamente analizado, podemos darnos cuenta que la antijuridicidad se contempla en forma indiciaria esto es en dos sentidos diferentes: a) Respecto al tipo, b) Con relación a la tipicidad. Con relación al primer criterio que es el que realmente nos interesa se señala que existe una relación de "causa efecto" - entre la descripción de la conducta que conforma el tipo y el bien jurídico tutelado que la concibe de tal manera que al establecer el legislador el bien jurídico protegido precisa el valor jerárquico - concedido por la sociedad como aquel eje que le va a permitir establecer la conducta que viola ese valor causando daños a la sociedad, así comprendida la situación el valor jerarquizado y empleado por - el legislador, funciona como un bien sujeto a protección y la forma que se emplea para ello es la descripción de la conducta que la - afecta, tratando de señalar a la sociedad que ésta es prohibida, de ahí que se establezca la antijuridicidad como fundamento o Ratio - Essendi dentro de la descripción de la conducta delictuosa que con-

forma el tipo. Sin embargo de esta manera viendo el programa resulta eutópico puesto que la antijuridicidad sólo adquiere potencialidad cuando aquello descrito dentro del tipo se ve realizado en el mundo fáctico, surge la segunda situación planteada de la tipicidad en la que opera la antijuridicidad como fundamento. De acuerdo con estos razonamientos podemos ver como el tipo con relación a la antijuridicidad puede operar como el indicio de ésta, puesto que el tipo guarda relación con la antijuridicidad significando la conducta violatoria del bien jurídico protegido, y así tomamos en cuenta el artículo 14 Constitucional. El tipo se considera como un presupuesto necesario del delito y podemos llegar a concluir que la antijuridicidad con respecto al tipo es un indicio dudoso o probable ya que establece una presunción "Juris Tantum" que sólo podrá confirmarse cuando surge la tipicidad.

1.3 TEORIA DE BELING

Ernesto Von Beling, posteriormente de varias rectificaciones - elaboró por primera vez el concepto de tipo penal teorizándolo como tipo delictivo según Jiménez Huerta. Ahora bien sus elementos conceptuales fueron conocidos con anterioridad y la raíz más histórica del tipo se haya en el concepto de "Corpus Delecti" que es "...la suma de todos los caracteres o elementos del delito en su contenido de acción..." (22) Beling lo concebía como la conjugación de todos

los caracteres internos y externos de la infracción, en su primera obra "Teoría del Delito" en 1906 hace su ingreso solemne en el campo del Derecho Penal porque su concepto de tipo primero se materializa y después se espiritualiza 24 años, en 1930 que más adelante haremos mención. En su primera obra le asigna un significado independiente a la antijuridicidad y de la culpabilidad convirtiéndose así como el fundador de la moderna teoría del tipo de Beling, lo concebía como "...la descripción exterior de los elementos del tipo -- del delito..."⁽²³⁾ en su obra quiso liberar del delito el elemento que estaba conminado con una pena.

El tipo penal es objetivo y valorativamente neutral, con respecto a la objetividad comprende solo los elementos para cuya comprobación no se requiere de los aspectos anímicos del autor, ya que todo suceso subjetivo que se da en el interior anímico del autor no comprende al tipo penal, con relación a la neutralidad voluntaria; tenemos que el tipo solo es descriptivo o valorativamente neutro en relación a la antijuridicidad, ya que las prescripciones normativas se conectan a él. Según la teoría Belingniana, el tipo "...es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos..."⁽²⁴⁾ no cabe duda que la "...realización del tipo podría ser un indicio de la antijuridici-

23.- Citado por Claux Roxin. Ob. cit., Pág. 57

24.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I; Porrúa, México, D. F., 1985. Pág. 28

dad..."(25) ya que una acción típica en muchos casos puede ser antijurídica pero no que la comprobación de la tipicidad contenga ya la valoración del hecho como antijurídico o que lo indique, en la elaboración de su sistema apoyado sobre el concepto de tipo penal - ha indicado que en la última instancia solo pretendió un desplazamiento de valor en el ámbito de los elementos del delito reconocido. También le llamó a su tipo penal puramente descriptivo que sólo que ría que un comportamiento humano no resulta normado como antijurídico por el tipo penal, posteriormente reconoció que los elementos hoy considerados como normativos formaban parte de su tipo penal y de acuerdo a su neutralidad tenemos que desde el punto de vista de la valoración del legislador, sólo la antijuridicidad es valorada por él mismo lo cual debe separarse del tipo, pero guardando una importante relación entre el tipo y la antijuridicidad que se podría entender como la relación que existe entre el humo con el fuego, el tipo no requiere de valoración judicial, actualmente el tipo es descriptivo ya que sus elementos ocurren en el mundo exterior.

Continuando con el mismo autor tenemos que en la comprobación de la adecuación típica en muchos casos se da también la verificación de una parte de la antijuridicidad, en la época de Beling cuando se decía que el delito es lo penado por la ley, se entendía como una casa habitación con todo lo necesario para ser habitada y también se decía que la punibilidad debía de ser uno de los elementos del delito y no entrar en la definición, ya que para ser delito un

acto necesita "...una acción descriptiva objetivamente en la ley es to sería la tipicidad, contraria a derecho esto es que existía la - antijuridicidad ya sea dolosa o culposa, esto es que haya culpabilidad que a su vez se sanciona con una pena..."(26) posteriormente de fine al delito como "...acción antijurídica culpable y amenazada -- con una pena..."(27) . En esta definición no estuvo de acuerdo Mayer porque dice que es una forma pleonástica, más tarde la define - como una acción punible que es una acción típica antijurídica culpable y cubierta o sometida a una sanción penal adecuada y suficiente a la culpabilidad ya que llena las condiciones legales de punibilidad, en esta nueva fórmula aparece la tipicidad o adecuación típica con su nuevo papel rector, en consecuencia de su elaboración se consideraba al tipo como: Conducta.- que es una voluntad exteriorizada. Típica.- como prohibición de la causación de un resultado. Culpable.- es la que se da como realización psicológica entre la conducta y el resultado que se puede dar en forma de dolo o culpa. Esta teoría -- del delito aparte de separar la tipicidad de la antijuridicidad y - culpabilidad hace una distinción de la acción siendo esta el sustrato, el acontecimiento histórico que debe ser subsumido en el tipo - legal. Entonces tenemos que la acción tenía cuatro principios fundamentales que eran:

- 1.- Las penas no pueden surgir por analogía siendo preciso que estén expresadas en el texto legal.

26.- Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., Pág. 56

27.- Claux Roxin. Ob. cit., Pág. 172

- 2.- Las penas no pueden deducirse del derecho consuetudinario.
- 3.- No pueden defenderse las penas indeterminadas.
- 4.- Sólo aquel hecho que este determinado como delito y sancionado con una pena en fecha anterior a la realización del acto puede ser punible.

Para ser delito un acto necesitaba "...una acción descriptiva objetivamente en la ley que esto sería la tipicidad, contraria a de recho, esto es que existía la antijuridicidad ya sea dolosa o culpa, significa que haya culpabilidad que a su vez sancione con una pena..." (28) se consideraba a la tipicidad y a la antijuridicidad - elementos distintos ya que el tipo es un elemento de la Ley Penal - porque esta a su vez castiga toda acción típica, el tipo y la norma son dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción del delito ya que el tipo describe la norma valorativa. Beling cree importante y necesario hacer la separación de la antijuridicidad y tipicidad ya que son independientes porque la tipicidad es pura descripción mientras que la antijuridicidad encierra un juicio de valor referido a la norma, también separa la tipicidad y la culpabilidad ya que en la tipicidad de un acto no esta ni la determinación del dolo ni la negligencia ya que el tipo con el que se relaciona la acción cometida sea dolosa o culposa debe tener por necesidad lógica el mismo contenido. Entonces tenemos que en el sistema Belingniano la tipicidad pasa a ser elemento del delito el cual conjuntamente con los demás constituye un requisito de punibilidad y más tarde dice -

que ya no es el delito un "...hecho típico antijurídico y culpable sino es una acción típicamente antijurídica y culpable. Y dice además que- toda acción por antijurídica o culpable que sea si esta incluida en los tipos legales establecidos para el jurista significa acción no punible y por lo contrario acción típica significa acción digna de pena según las medidas correspondientes y conforme a las - disposiciones legales relativas a la punibilidad..."(29) de acuerdo a la función cualificativa de la tipicidad Beling nos dice que cada delito tiene sentido expuesto su culpabilidad. En el Código Penal - Alemán el tipo del delito era una conducta culpable antijurídica, - que sólo es punible con arreglo de las formulas de amenaza penal y en la extensión que ellas determinan. Cuando expuso su teoría del - delito la tuvo que modificar en varias ocasiones a causa de los crítics y acabo por reconocer que la tipicidad ha de ir unida a la antijuridicidad tipificada. Posteriormente publica otra obra en 1930, que es la teoría del "tipo" siendo uno de sus méritos más destacados el principio de "...ningún delito sin tipo..."(30)

Como una exigencia agregada al tradicional requisito de la Ley Previa, una de las funciones más importantes de su función limitado ra, siendo una nueva presentación de su doctrina en la que altera e idealiza algunos de sus primitivos puntos fundamentales siendo su - idea medular la separación que establece entre el tipo y la especie

- 29.- Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo III; 2a. Ed., Editorial Talleres Gráficos DULA; Buenos Aires, Argentina, 1949. Pág. 34
- 30.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo III; Editorial Tipográfica; Buenos Aires, Argentina, 1978. Pág. 154

delictiva, para él esta especie delictiva la concibe como un todo - compuesto de una pluralidad de elementos previstos, esto es para - precisar o contemplarse por la interpretación que se encuentra en - la correspondiente descripción legal, según Beling, para que el le - gislador pueda construir la figura delictiva se basa en los más va - riados elementos como son: cosas del mundo físico, datos biológicos, medio social, el psiquismo de alguien emotivo o volitivo, por lo ge - neral todos estos elementos se relacionan con la acción pero debien - do entenderse como elementos constituidos de las figuras rectoras y no constitutivas del delito que pueden ser de:

a) Naturaleza externa y objetiva que son los que caracterizan la an - tijuridicidad.

b) De naturaleza subjetiva que son los que confirman la culpabili - dad, estos elementos configuran una imagen unitaria que es el cua - dro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva y sin la cual estos elementos perderán su sentido como elementos integrantes de la especie delictiva, la imagen unitaria a que nos referimos es el tipo que informa y preside la creación y vida de cada especie de - lictuosa y representa esquemáticamente su contenido especial.

Para Beling el tipo ya no es el hecho objetivo y abstracto y - conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada espe - cie delictiva sino la imagen rectora o cuadro dominante o tipo re - gens que viene a normar y presidir cada especie delictiva, de esta forma se espiritualiza el tipo, el cual es una representación con - ceptual que no debe confundirse con la realización exterior, de --

acuerdo de la conducta al tipo no debe entenderse como la adecuación a la especie delictiva sino a la imagen o figura rectora o cuadro dominante de cada uno de ellas; con esta nueva concepción del tipo hallaba solución ya que agrupaba también a la acción intentada a la de los participantes porque en su primera doctrina no contemplaba dichos puntos. A consecuencia de todo esto tenemos la crítica y resumen de la teoría de Beling de 1930. a) "...tipo de delito que se trata de la figura del delito. b) tipo de lo injusto.- se refiere a la conducta antijurídica de cualquier especie pero tratándose de imágenes normativas. c) tipo de culpabilidad.- es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. d) figura rectora.- dán dole Beling un nuevo nombre para no confundirnos y se consideraba como objetiva, descriptiva, haciendo posible reunir en su tipo todos los demás tipos internos que son el de lo injusto y de la culpabilidad. e) adecuación típica.- el tipo o figura rectora no es en la concepción de Beling parte del tipo del delito, ya que esta figura rectora es independiente en absoluto, en el ejemplo de matar a un hombre la figura rectora es la acción de matar siendo la adecuación típica. f) tipicidad.- es el elemento conceptual del delito que no se debe confundir con la adecuación al tipo que es la realización en la práctica..."⁽³¹⁾ También en su obra resuelve los llamados concursos de leyes, ya que en este caso se aplicará la disposición que fija pena mayor. De todo esto podemos desprender que lo

que hizo Berling fué hacer del tipo o figura rectora una representación y distinguir la tipicidad de la antijuridicidad pero siendo ambas características del delito, además dice que toda acción produce una modificación en el mundo exterior pero en ocasiones estas modificaciones carecen de toda significación jurídica "...la utilidad - de su doctrina es la de poner de manifiesto que en todo delito debe considerarse ante todo su forma, su faz externa formada por la -- acción u omisión y en algunos casos por el resultado..."(32) es indiscutible que la teoría de Berling hace del tipo una imagen jurídica relevante para el delito, no hay ni existe delito sin tipo aunque puede haber tipo sin delito de ahí que se establece con claridad que el tipo como descripción de conducta no se ve influenciado por la tipicidad, la antijuridicidad ni la culpabilidad puesto que estos son elementos del delito ideas trascendentales que retoma Mezger y que lo lleva a establecer que el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica sino la razón esencial de la antijuridicidad, esto es la razón de ser de ella. No define al delito - como conducta típica, antijurídica y culpable sino como "...acción típicamente antijurídica y culpable..."(33) dicha definición es compartida por Sebastián Soler. Para Mezger "...no toda acción antijurídica es punible ya que debe estar descrita previamente en un tipo especial..."(34) . Sólo se consideran delitos aquellos que la norma

32.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Ob. cit., Pág. 34

33.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 167

34.- De P. Moreno Antonio. Ob. cit., Pág. 41

penal describe y amenaza con una pena, el Derecho Penal abarca sólo las conductas que por su naturaleza destacadamente antisocial y destructora considera, deben reprimirse mediante la aplicación de una pena. Mezger critica la obra de Beling y en su última edición cambia su obra totalmente de la siguiente manera; el requisito típico no aparece independiente, se suprime la adecuación a una pena y se formula en forma negativa la condición de penalidad. Define al delito como la "...acción típicamente antijurídica y culpable. La diferencia estriba en que no habla de una pena pero en el año de 1938 - dice que acto penal es un hacer u omitir de un determinado autor antijurídico típico personalmente imputable y sancionado con una pena..." (35) . Posteriormente a los vocablos antijurídicos y típicos, la culpabilidad se reemplaza por personalmente imputable, la acción se considera un hacer u omitir y se incluye la sanción de una pena, siendo, para este autor una consecuencia y no una característica -- del delito con relación a la tipicidad es muy importante ya que con su sola presencia da existencia a la antijuridicidad ya que su fundamento de la antijuridicidad de la acción yace en la misma Ley Penal porque el legislador puede dar relevancia penal a una acción -- que es ya antijurídica o bien realiza, ambas valoraciones simultáneas y que sólo se traduce a través del tipo penal que encierra. Mezger rechaza la segunda teoría de Beling en 1930 pero en esta teoría pone en primer plano de la consideración jurídica la trascendente -

importancia que tienen los elementos objetivos que conceptualmente integran la singular especie delictiva plasmada en la ley y con ello las bases de la doctrina del delito, para este autor los elementos normativos los clasifica en tres grupos: a) Jurídicos b) Culturales c) Subjetivos, además que el tipo penal es "...un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en él constituye un injusto -- mientras no demuestre lo contrario..." (36) de esta manera y en oposición al tipo de Beling pasa a contener directamente la valoración de todos los hechos que son subsumibles. Según Mezger el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto que no exista una causa de exclusión del injusto, entonces para este autor la tipicidad es la razón de ser de la antijuridicidad, de acuerdo con -- Mezger tenemos que toda conducta típica es siempre antijurídica salvo que exista justificante, por ser en los tipos donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria. Mezger define el tipo como "...conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica, también como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Jiménez de Asúa lo define como la abstracción concreta que a trazado el legislador descartando los detalles innecesarios -- para definición del hecho que se cataloga en la ley como delito..." (37) para Jiménez Huerta lo concibe como el injusto recogido

36.- Claux Roxin. Ob. cit., Pág. 65

37.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. 5a. Ed.; Editorial Porrúa, México, D.F., 1982. Pág. 259

y descrito en la Ley Penal. Para Mezger define el delito como acción típicamente antijurídica y culpable, este mismo autor se ve forzado a proclamar el concepto de conjunto en el delito y, a renunciar a su construcción de la antijuridicidad objetiva. En 1950 publicó su folleto de tratado de Derecho Penal en donde le asigna al tipo legal un nuevo papel como también a la tipicidad, afirmando que el tipo legal juega un papel preponderante en el Derecho Penal, enclavando en primer lugar en lo injusto, el lado externo de lo injusto constituye la teoría del tipo legal y a su lado interno se ocupa de la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto que vendría siendo el tipo legal.

De acuerdo a los razonamientos de Beling establece que el principio donde enfatiza que ningún delito sin tipo que va conforme al dogma "nullum crime sine lege" que inspira el derecho penal vigente, surgiendo para contrarrestar los abusos del arbitrio judicial, ya que antes de la reforma penal iniciada por Beccaria, existe un arbitrio demasiado excesivo, ya que los jueces podrían incriminar por sí mismos, hechos no previstos por las leyes y ampliar las penas a su albedrío.

Posteriormente se dió a la Ley Penal un marcado sentido de protección individual consagrándose la denominación garantista penal que significaba que el ciudadano tenía la confianza de no ser detenido, ni preso, ni procesado, ni juzgado, sino conforme a las Leyes y por los Jueces competentes, sin ser penado sino por los hechos considerados como delitos pero sólo por Leyes anteriores a su ejecución. Y

que retoma con fundamento en el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos, al pregonar en su Párrafo II "...en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté acreditada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..."

Como podemos observar la función del delito se limita a la existencia de una ley previa, ahora bien, de acuerdo al delito que es nuestro tema de análisis tenemos que en nuestro Código Penal vigente en su artículo 266 establece que "...se equipara a la violación y se sanciona con las mismas penas (6 a 8 años de prisión) la cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o resistir la conducta delictuosa..."

Retomando los conceptos de Beling tenemos que en este delito encontramos una acción o conducta delictuosa que está descrita en la ley y reforzando uno de sus principios fundamentales con respecto a la acción tenemos que las penas no pueden surgir por simple analogía sino que deben estar expresadas en el texto legal, y por lo tanto no deben deducirse del derecho consuetudinario en el que sólo el delito determinado y sancionado con una pena por ello aunque el tipo que describe la conducta propia del delito es equiparada a la violación o violación impropia no tiene precisada su pena en mínimo y máximo, encuentra referencia con la del artículo 265 del Código Penal aplicable al Distrito Federal en el Fuero Común y toda la República Mexicana en el Fuero Federal, cumpliendo con lo procepe

tuado en el artículo 14 Constitucional antes mencionado.

1.4 CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO

Para la realización de esta clasificación es necesario tomar en cuenta a varios autores que tratan este tema; como son: Mariano Jiménez Huerta, Cuello Calón, Fernando Castellanos Tena, Celestino-Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos entre otros, de la clasificación de cada uno de dichos autores tenemos que a su vez hablan de algunos otros que más adelante enunciaremos. Cuello Calón, llama a esta clasificación "división de infracciones Penales", las cuales son: a) en cuanto al punto de vista de su gravedad, aquí las infracciones penales siguen dos sistemas, el primero las clasifica en: crímenes, delitos y contravenciones y el segundo sólo en: delitos y contravenciones a estos dos sistemas se les denominó tripartita y bipartita respectivamente, siendo la tripartita la más antigua, ya que en el siglo XVII fué defendida por los juristas sajones, haciendo una distinción de los crímenes que lesionaban los derechos naturales como la vida y la libertad los que violaban los derechos creados por el contrato social como la propiedad, mientras que las contravenciones infringían disposiciones y reglamentos de policía, el Código Francés de 1791 adoptó esta división y luego paso al de 1810 porque se le reconoció cierta utilidad ya que realiza una individualización de la gravedad del hecho. También se habló en forma favorable de la división bipartita por considerar que entre los crímenes y los delitos no hay diferencias en esencia sino es la cuantía, pe-

ro donde si existe diferencia es entre el delito y la contravención por su diversidad de naturaleza y cualidad, ya que el delito contiene una lesión efectiva o infringiendo las normas de moralidad, las contravenciones son hechos inocentes indiferentes entre sí mismos, ya que se realiza sin mala intención sólo forman un peligro para el orden jurídico como sería la inducción de menores a la mendicidad.

Ahora bien nuestro Código Penal se apartó de la clasificación Tripartita que se encuadraba a los delitos graves, delitos menos graves y faltas a los cuales clasificó sólo en delitos y faltas, criterio adoptado o sistema Bipartita aceptado por los Códigos de 1932 y 1944 que en su artículo 6^o dice "...son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves, son faltas las infracciones que la ley señala con penas leves..." (38) para que una infracción constituya un delito sólo es necesario saber la clase de pena con que se sanciona y si está entre las graves el hecho constituirá delito y si es leve se considerará como falta, para las faltas que llamamos delictuosas son idénticas al delito en esencia ya que como este constituye actos intencionales que causan un daño individual o colectivo y a su vez son considerados como actos inmorales. También a la clasificación que es tema de nuestra investigación se llamó figuras típicas que son de acuerdo a su ordenación metodológica, al alcance y dirección de la tutela penal y por último a la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos protegidos entonces tenemos que: a) De acuerdo a su ordena-

38.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General. Vol. I
17a. Ed.; Editorial Barcelona; España, 1975. Pág. 299

ción metodológica, las figuras típicas por lo general aparecen ordenadas en el artículo de la parte especial de un Código Penal, por la naturaleza del bien tutelado, esta categoría es común sirve como título o rúbrica a cada grupo. Surgen así las distintas especies de delictivas que se encuentran en los Códigos Penales contenidos bajo el título "delitos contra la vida y la integridad corporal", "delitos contra el honor", "delitos contra la libertad", "delitos contra el patrimonio", cada uno de estos grupos forma como afirma Beling una familia de delitos pero Jiménez de Asúa precisa que no basta -- atender sólo los bienes e intereses jurídicos que se lesionan sino que es necesario referirse primero al sujeto pasivo de los delitos como sería el individuo, la familia, el estado y la sociedad. Todo interés jurídico tiene un titular y no es concebible la existencia de un bien jurídico que no pertenezca a alguien resultando así evidente que los titulares de estos bienes jurídicos (individuo, familia, sociedad), resultan ofendidos por aquellas conductas que típicamente dañan o ponen en peligro dichos bienes jurídicos. Dentro de un mismo título, rubro o familia de figuras típicas se agrupan diversas especies que protegen el mismo bien jurídico pero posteriormente de abarcar lo genérico desciende a lo específico, de acuerdo a este razonamiento debemos tomar en cuenta sus diferentes puntos de vista, tenemos que: Clasificación del tipo de Mariano Jiménez -- Huerta en cuanto a su Ordenación, Metodologías, a su Alcance y Dirección de la Tutela Penal y a la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos protegidos.

Tenemos las siguientes:

-Tipo básico, simple o fundamental

graves

leves

-Tipo básico, especial

agravado

privilegiado

-Tipo básico complementario

agravado

privilegiado

-Tipo básico de peligro

efectivo

presuntos

común

Por cuanto a su punto de vista de gravedad, Cuello Calón expone:

- Crímenes
 - Delitos
 - Contravenciones
-
- Delito doloso
 - Delito culposo
 - Delito de lesión
 - Delito de peligro
- { común
individuales
de salud pública
-
- Instantáneos
 - Permanentes
 - Formales
 - Materiales
 - Simples
 - Complejos
 - Acción
 - Omisión
 - Comunes
-
- Políticos
 - Sociales
- { puros
relativos
- { contra la seguridad
exterior e interior
del estado.

Según Jiménez de Asúa son:

-Fundamentales

cualificados

privilegiados

-Especiales

-Independientes

-Subordinados

-Básicos

-Complementarios

-Atendiendo al acto

de formación libre

casuísticos

alternativos

acumulativos

en orden al resultado

condicionales

de resultado cortado

-Atendiendo a los elementos subjetivos del injusto.

referentes al autor

fuera del agente

Según Jiménez Huerta:

Por su ordenación metodológica

-Básicos

-Especiales

{ privilegios
agravados

-Complementados

{ privilegios
agravados

Por su alcance y sentido de la tutela

-Daño

-Peligro

{ efectivo o presuncional
individual o común

Por la unidad o pluralidad de bienes tutelados

-Simples

-Complejos

Para Castellanos Tena Fernando son los siguientes:

-Normales

-Anormales

-Fundamentales

básicos

-Especiales

Complementarios

-Autónomos

-Independientes

-Subordinados

-De formulación casuística

alternativas formales

acumulativamente formados

-De formulación amplia

-De daño

-De peligro

Según Mezger son:

-De resultado

-De simple actividad

-De lesión

-De peligro

concreto

abstracto

-Básicos

-Fundamentales

-Cualificativos

-Privilegiados

-Independiente

-Especial

privilegiado

cualificado

-De varios actos

-Compuestos en sentido estricto

-Mixtos

acumulativamente formados

alternativamente formados

-Tipos necesitados de complemento

Para Porte Petit son:

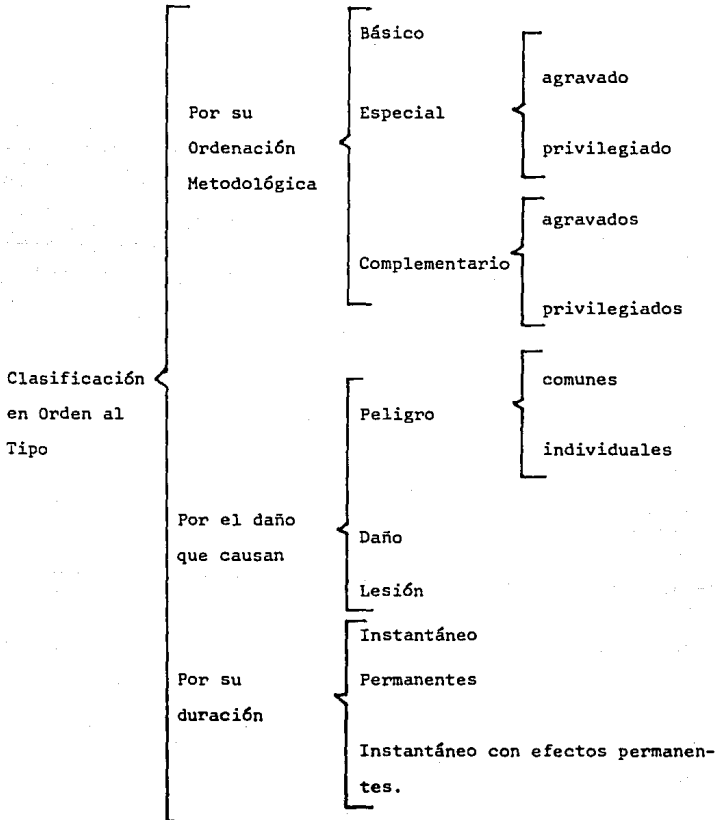
En orden a la conducta

- Acción
- Omisión
- Omisión mediante acción
- Mixtos
 - acción
 - omisión
- Sin conducta de sospecha o posición.
- De omisión
- De resultado
- Doblemente omisiones
- Unisubstanciales
- Plurisubstanciales
- Habituales

En orden al resultado

- Instantáneos
- Instantáneos con efectos permanentes.
- Permanentes
- Necesariamente permanentes
- Eventualmente permanentes
- Alternativamente permanentes
- Formales
- Materiales
- De lesión
- De peligro

Retomando los diferentes criterios que nos proponen, los autores - citados, proponemos para el analisis de este inciso la siguiente clasificación que a nuestra consideración es la siguiente:



Clasificación
en Orden al
Tipo

Por el
resultado

Formales

Materiales

Simples

Complejos

Según la
conducta
del agente

Acción

Omisión

De acuerdo
a su
Descripción

Anormales

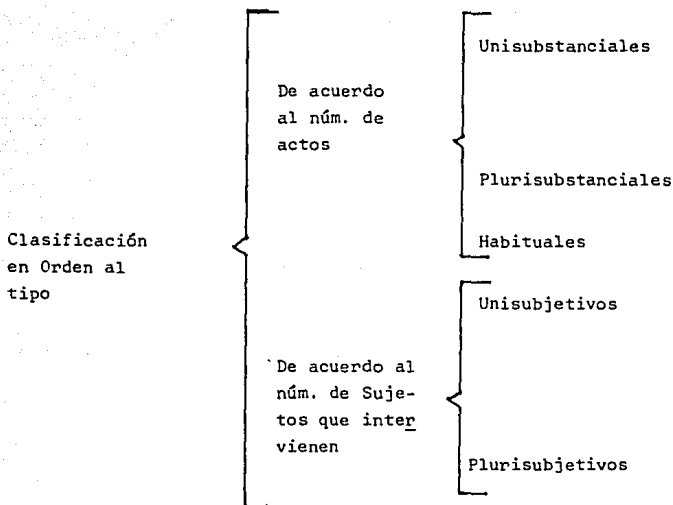
Normales

Formulación
casuística

-Alternativamente
formados

-Acumulativamente
formados

Formulación amplia o libre



De acuerdo a su ordenación metodológica, a su alcance y dirección a la tutela penal y a la unidad o pluralidad de los bienes jurídicamente protegidos.

Tipo básico, simple o fundamental.- es aquel en que cualquier lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar un delito, este tipo constituye la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código referente al cuadro de los delitos contra la vida. Para Jiménez Huerta "...existen grupos de tipos para el bien jurídico tutelado como son delitos contra el honor, delitos contra la vida, etc. esto significa que se dividen de acuerdo al bien jurídicamente tutelado o protegido..." para Jiménez de Asúa "...el tipo es

básico cuando tiene plena independencia... como estima Novoa "...son aquellos que contienen una descripción que sirve de base a otros tipos derivados..." (39) Es aquél que no deriva de tipo alguno y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo.

a) Tipo Especial.- "...son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos..." (40) se caracterizan por el hecho de tutelar el propio bien jurídico ya protegido en un tipo básico pero en -- especial consideración de concretas peculiaridades o determinadas - circunstancias que aumentan o disminuyen la intensidad antijurídica de la conducta tipificada..." (41) pero excluyendo la aplicación del básico. En especial protege el mismo bien jurídico ya tutelado en - el básico, refiriéndonos a la violación impropia, el bien jurídico-tutelado es la seguridad y libertad sexual, además que habla de otro requisito que sería la edad del menor o la persona que no puede producirse voluntariamente, a su vez estos se dividen en:

1.- Especial agravado o cualificado "...es aquel que se forma autónomamente agregando al tipo fundamental o básico otro requisito que implica aumento o agravación de la pena..." (42) .

2.- Especial privilegiado "...es aquel que se forma autónomamente, - agregando al tipo fundamental otro requisito que implica disminu- ción o atenuación de la pena..." (43) b) Complementado, circunstanciado o subordinado "...es aquel que necesita para su existencia el

39.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 169

40.- Citado por Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 448

41.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 169

42.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 449

43.- Idem.

tipo básico o fundamental añadiéndole una circunstancia pero sin -- que se origine un delito autónomo..."(44) para Pavón Vasconcelos, - son "...los que integrándose mediante el tipo básico, al cual se - vienen a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a éste care-- ciendo por ello de vida independiente..."(45) en otras palabras son los que se caracterizan por el hecho de tutelar el propio bien jurí dico ya protegido en un tipo básico en donde se da la presencia o - se agrega una suplementaria, circunstancia o peculiaridad, siguiendo el mismo criterio entre otros de Jiménez de Asúa y Jiménez Huer ta. 1.- Complementado agravado o cuantificado "...es aquel que nece sita para su existencia el tipo fundamental o básico pero sin que - se origine un autónomo, el que se le agrega una circunstancia apro bándolo..."(46) 2.- Complementado privilegiado "...es aquel que ne cesita para su existencia el tipo fundamental o básico pero sin que se origine un delito autónomo esto es sin tener vida propia al que se le agrega una circunstancia atenuándolo..."(47) .

De peligro.- para Cuello Calón "...en estos el hecho no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos pe ro si crean una situación de peligro..."(48) que significa "...ries go inminente de que suceda algún mal, es la posibilidad de la pro ducción próxima de un resultado dañoso ya que el peligro no se con-

44.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 450

45.- Ob. cit., Pág. 279

46.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 450

47.- Idem.

48.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pags.236 y 237.

sidera como algo concreto porque no es una realidad sino un juicio lógico, se considera un indicio de lo que podría suceder..."(49) Para Antolisei "...son aquellos en los que basta que el bien sea amenazado, para Jiménez de Asúa son aquellos en los que basta para su realización típica que se haga correr un riesgo al objeto protegido que es el bien o interés jurídico..."(50) este tipo a su vez se divide en: Peligro Común.- son aquellos que amenazan a un grupo indeterminado de personas o cosas en general. Peligro Individual.- son aquellos que amenazan a una o varias personas determinadas a las cuales se dirige la conducta. Peligro Efectivo.- en estos casos la realidad del peligro debe presentarse y demostrarse en cada caso enjuiciado. Peligro Presunto.- el peligro se considera abstractamente supuesto en la conducta descrita en el tipo. De Daño.- para Antolisei "...son aquellos en los cuales es necesario que el bien tutelado sea destruido o disminuido, para Jiménez de Asúa es la ofensa a un determinado objeto que pertenece al tipo..."(51) para Carnos - cuenta si un tipo es de daño o de peligro debemos tomar en consideración en la descripción típica, el instante en que la conducta se perfecciona. De lesión"...son los que consumados causan daño directo y efectivo en los intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada..."(52) Binding hace una diferencia entre los de lesión y los de peligro mientras que los primeros son los que una -

49.- Gran Diccionario Enciclopedia Ilustrado, Selecc. D.R.L. Tomo IX. Pág. 2886

50.- Citado por Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., Págs. 256 y 257

51.- Idem.

52.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 301

vez consumados ocasionan daño directo y efectivo en el bien jurídicamente protegido, los de peligro son aquellos que no causan daño - efectivo y directo en los bienes jurídicamente protegidos pero si - les crean una situación de peligro. Instantáneos.- "...son aquellos en los que la violación jurídica realiza en el momento de la consumación se extingue con ésta..."(53) para Castellanos Tena, se perfecciona en un sólo momento, esto es que se consuman y agoten en una fracción de tiempo inapreciable temporalmente y que se termine con la actuación y el efecto, "...es delito instantáneo aquel en el - cual la consumación y el agotamiento del delito se verifiquen instantáneamente..."(54) para elaborar el concepto del delito instantáneo la doctrina ha seguido los siguientes criterios: a) uno que -- atiende a la consumación del delito. b) otro que se refiere a la - destrucción del bien jurídico y sus elementos que son: conducta, -- consumación y agotamiento instantáneo del resultado. Instantáneo - con efectos permanentes: "...son aquellos en los cuales permanecen las consecuencias nocivas..."(55) y no dejan más alteración que la lesión jurídica, es aquel que tan pronto se produce la consumación, se agota, perdurando los efectos producidos, esto es que la consumación es instantánea y los efectos son durables, Soler al referirse a estos delitos expresa "...serán aquellos que tras su momento consumativo no dejan más alteración que la lesión jurídica..."(56) la

53.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 301

54.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 229

55.- Idem. Pág. 230

56.- Idem.

diferencia que existe entre el instantáneo y el instantáneo con -- efectos permanentes es: que en este existe una permanencia en los - efectos, pero entre ambos existe una zona común que es la intensidad en la consumación. Permanentes, Continuo o Sucesivo "... son - aquellos en los que después de la consumación continúa interrumpiendo la violación jurídica..." (57) para Mezger "...son aquellos en - los que mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto ac tivo se crea un interior estado antijurídico duradero..." (58) para Sebastián Soler "...es cuando la acción delictiva misma permite por sus características que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos..." (59) Existe cuando todos los momentos de su duración puede imputarse como consumación y cuando esto no sucede - se tiene en cambio un delito de efectos permanentes. Sus elementos- son: a) Una acción u omisión que constituye la exteriorización de - voluntad. b) Consumación duradera, la cual tiene tres fases o momentos que son:

- 1.- Inicial que es la comprensión del bien jurídico protegido en la Ley.
- 2.- Momento intermedio, el cual establece la comprensión del bien - hasta el cese del estado antijurídico.
- 3.- Momento final que es cuando cesa el estado antijurídico que en ocasiones es, el propio agente o sujeto activo, posteriormente pue-

57.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 303

58.- Pavón Vascóncelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 231

59.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 139

de ser el mismo sujeto pasivo y en otras ocasiones un tercero. Soler distingue al permanente y al instantáneo, en este la consumación es instantánea y en el permanente la consumación perdura, en el permanente los efectos se prolongan en el tiempo, por continuarse la violación al bien jurídico.

Formales.- Son para Maggiore "...el que se perfecciona con una simple acción u omisión..." (60) son aquellos "...en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo..." (61) se consideran también como los que jurídicamente se consumen por el solo hecho de la acción o de la omisión del culpable sin que sea precisa la producción de un resultado externo. Para Antolisei, los denomina delitos de pura conducta:

Materiales "...es él que no se consume sino al verificarse el resultado material..." (62) de acuerdo a Maggiore. Para Cuello Calón "...para que se puedan consumir se tiene que producir el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener..." (63) para Mezger "...el tipo exige, además del movimiento corporal del agente, un resultado externo..." (64)

Simples.- "...son los que violan un solo bien jurídico o un solo interés jurídicamente protegido..." (65) para Carrara "...son aquellos

- 60.- Citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. cit., Pág. 235
 61.- Castellanos Teña, Fernando. Ob. cit., Pág. 137
 62.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 235
 63.- Ob. cit., pág. 303
 64.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 235
 65.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 304

que lesionan un solo derecho..."(66) Castellanos Tena y Jiménez Huerta están de acuerdo en considerar que este tipo sólo lesiona un solo bien jurídico, estos tipos simples se agrupan en el articulado del Código Penal, según la naturaleza del bien jurídico tutelado, en el caso que un tipo tutele dos o más bienes jurídicos se tomará en cuenta el bien más importante.

Complejos.- "...son los constituidos por las infracciones de diversos bienes jurídicos, realizados por hechos diferentes de los cuales cada uno constituye por sí un delito..."(67) para Carrara -- "...son aquellos que violan más de un derecho, este se considera a los daños a personas y cosas..."(68) son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, para Mezger "...se forman por la fusión de dos o más..."(69) podemos decir que es la fusión de varias figuras delictivas las que constituyen el delito complejo.

Acción.- "...la conducta se manifiesta a través de un movimiento -- corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios..." (70) -- también se consideran "...a los consistentes en un acto material positivo dañoso o peligroso que viola una prohibición de la ley penal..."(71) para Eusebio Gómez "...son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como causa deter

66.- Citado por Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., Pág. 259

67.- Idem.

68.- Citado por Jiménez Huerta. Ob. cit., Pág. 265

69.- Citado por Castellanos Tena. Ob. cit., Pág. 141

70.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 224

71.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 305

minante un hecho positivo del sujeto..."(72) esto es que los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, violándose una ley positiva, la mayoría de los delitos son de acción.

Omisión.- "...son aquellos en los cuales la conducta consiste en una inactividad de un no hacer de carácter voluntario..."(73) otro concepto dice que es "...la inacción en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado..."(74) para Eusebio Gómez Cruz, las condiciones de que deriva su resultado reconocen como causa determinante "...la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio..."(75) en estos delitos el objeto prohibido es una abstención del agente que consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley, violando hacia una ley dispositiva, siendo esta la diferencia con los de acción que violan una Ley Prohibitiva.

Normales.- "...es aquél que se refiere a puras situaciones objetivas..."(76) para Jiménez de Asúa son "...aquellos que se integran con elementos objetivos..."(77)

Anormales.- Se dan "...cuando es necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica..."(78) según el caso. Para Jiménez de Asúa, aparte de los elementos objetivos incluye "...elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo-

72.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 136

73.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit., Pág. 224

74.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 305

75.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 136

76.- *Ibidem*. Pág. 168

77.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 280

78.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 136

por el aplicador de la ley..."(79) aquí el Juez no puede contentarse con el solo proceso del conocimiento ya que debe penetrar en el ámbito del agente, para realizar su Juicio Valorativo, la diferencia que existe entre el normal y el anormal es que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe situciones valorativas y subjetivas.

De formulación Casuística "...son aquellas en las cuales el legislador no describe una modalidad única sino varias formas de ejecutar el ilícito..."(80) para Jiménez de Asúa, son aquellos "...en donde se acumulan los detalles innecesarios en la definición de la conducta o del hecho..."(81) el cual se divide en : Alternativamente formados.- en estos "...se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas..."(82) en el Código Penal Mexicano encontramos un gran número de articulado con esta clase del tipo el cual se puede citar tres casos en general que son:

- 1.- Que la conducta prevista en el tipo se concrete en un hacer, es decir alternativamente comisiva.
- 2.- Que la conducta prevista se concrete en un no hacer o sea una inactividad, siendo una omisión alternativamente.
- 3.- El mixto que es un hacer o un no hacer alternativo, en general podemos decir, que los más importantes son los primeros, ya que son aquellos a los que se refieren cuando está en peligro o desequili-

79.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 280
 80.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 170
 81.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 281
 82.- Castellanos Teña, Fernando. Ob. cit., Pág. 170

brio la paz interna o externa del País.

Acumulativamente formados.- En estos "...se requiere el concurso de todas las hipótesis..." (83) esta clase de tipos se pueden formar por medio de acciones u omisiones, y los formados por omisiones, también se consideran los "...que se suponen concurrencias de todas las hipótesis descritas..." (84) .

Formación Amplia o Libre.- "...son aquellos en los cuales se describe en forma genérica la conducta o hechos delictivos..." (85) también se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado. Para Antolisei son "...aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado..." (86) para Panini "...la actividad productora del resultado no está descrita y determinada en el precepto penal y por último Porte Petit afirma que son aquellos para los cuales la ley se limita a enunciar un comportamiento genérico..." (87) esta formación termina cuando la actividad no es apropiada para producir el resultado, Castellanos Tena lo define como aquél "...que describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución..." (88) otros autores consideran que la acción típica se puede verificar mediante cualquier medio idóneo, esto es que se comprende de multitud de variedades.

83.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 170

84.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 282

85.- Idem. Pág. 280

86.- Citado por Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 451

87.- Ibídem. Pág. 452

88.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 170

Unisubstanciales.- Son "...los que se forman por un solo acto..."(89) siguiendo el mismo criterio Porte Petit, sostiene que es tos no pueden realizarse en grado de tentativa, este delito se da "...cuando la acción se agota en un solo acto..."(90).

Plurisubistentes.- Son "...el resultado de la unificación de va-- rios actos naturalmente separados bajo una sola figura..."(91) esto es que constan de varios actos, algunos autores siguen el mismo cri terio, como Porte Petit. Para Pavón Vasconcelos se da "...cuando la acción requiere para su agotamiento de varios actos..."(92) esto es que si la acción permite su fraccionamiento en varios actos se con sidera como Plurisubistente.

Habitual.- Existe "...cuando el elemento material está formado de - acciones repetidas de la misma especie..."(93) sus elementos son:

- a) una repetición de acciones.
- b) las acciones repetidas deben ser de la misma especie.
- c) que cada una de las acciones realizadas no constituya delito.
- d) que la suma de todas las acciones constituyan delito.

Para Eusebio Gómez, es "...aquel constituido por diversos ac- tos cuya comisión aislada no se juzga delictiva..."(94) de igual ma nera lo expone Manzini, en el delito habitual existe una pluralidad de hechos que sólo en forma conjunta integran el delito, de esto des

89.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 142

90.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 227

91.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 142

92.- Ob. cit., Pág. 227

93.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 373

94.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Cita a Eusebio Gómez. Ob. cit., Pág. 373

prendemos que se necesitan varios actos habituales y de la misma especie para que así se pueda constituir el delito ya que uno solo no tendría trascendencia, entonces necesita de la totalidad de los hechos para que se puedan integrar.

Unisubjetivos.- "...es aquel que necesita de un solo sujeto como suficiente para ejecutar el hecho descrito en el tipo..."(95) también es conocido como monosubjetivo, siendo "...aquel en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos..."(96) definiéndolo de la misma manera Pavón Vasconcelos.

Plurisubjetivos.- Son "...los que requieren necesariamente como consecuencia de la descripción, la concurrencia de dos conductas necesariamente para que se integre el tipo..."(97) también son conocidas como pluripersonales que son "...cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas..."(98) esto es que es necesaria para que se integre al tipo la intervención de dos o más personas, siguiendo el mismo criterio la mayoría de los autores.

Ahora bien de acuerdo al tipo de delito que es el tema de nuestra investigación tenemos que lo podemos clasificar de la siguiente manera, de acuerdo a su ordenación metodológica:

a) Básico.- porque no necesita de ningún otro tipo para integrar la conducta ilícita.

De acuerdo al daño que causa es de:

b) Daño.- porque el bien tutelado que es la seguridad sexual es des

95.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 143

96.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 441

97.- Castellanos Tena, Fernando. Ibídem.

98.- Porte Petit, Celestino. Ibídem.

truído.

d) Lesión.- porque una vez consumado ocasiona un daño directo y efectivo en el bien jurídicamente tutelado que es la seguridad sexual.

De acuerdo a su duración tenemos que es:

c) Instantáneo.- porque necesita de un solo momento para la consumación.

De acuerdo al resultado es:

d) Formal.- ya que se necesita una simple acción o un solo movimiento corporal como sería la acción de llevar a cabo la cópula, sin importar el resultado.

f) Simple.- porque viola un solo bien jurídico tutelado que es la seguridad sexual.

De acuerdo a la conducta del agente:

g) Acción.- ya que se lleva a cabo la violación mediante un conjunto de movimientos corporales voluntarios siendo un precepto penal prohibitivo, por considerarse un hecho realizado por el sujeto.

De acuerdo a su descripción:

h) Anormal.- porque se necesita una valoración que en este caso es jurídica y además porque se dan situaciones subjetivas como sería la imposibilidad del sujeto pasivo para resistir la conducta.

En cuanto al número de actos:

i) Unisubstanciales.- ya que esta conducta se consume en un solo acto.

En cuanto al número de sujetos que participan:

j) Unisubjetivo.- con relación a la violación impropia se puede lle

var a cabo con una sola persona en calidad del sujeto activo.

k) Plurisubjetivo.- ya que también se puede realizar con más de dos sujetos activos que en este caso se consideraría violación impropia tumultuaria, en los casos de inconsciencia, debilidad mental o de locura en el sujeto pasivo.

1.4.1 EL OBJETO

De acuerdo al siguiente punto, para poder entenderlo debemos comenzar por conocer su significado desde su punto de vista literal hasta llegar al punto que nos interesa, así tenemos que:

Objeto.- es "...todo lo que puede ser materia de conocimiento, o sensibilidad de parte del sujeto, lo que sirve de materia o asunto a las facultades mentales. Término o fin de los actos de las potencias, fin o intento a que se dirige o encamina una acción u ocupación. Materia o sujeto de una ciencia como el objeto de la teología de Dios. Término con que se designa a veces el cumplimiento por oposición al sujeto..."(99) también se le considera como "...aquello que puede constituir materia de conocimiento o de sensibilidad por parte de un sujeto, en lo material cuando posee existencia sensible lo que los sentidos humanos pueden percibir, en un fin, propósito, empeño, finalidad, intento, contenido de una relación jurídica..."(100) . El objeto en el delito "...es aquello por parte sobre

99.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Selecciones del Reader's Digest, Tomo VIII, 18a. Ed.; México, 1982. Pág. 2691
 100.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Helias-ta. Tomo v, 17a. Ed.; Buenos Aires, Argentina. 1981, Pág. 608

lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva y por otra parte el bien tutelado por las normas penales y ofendido por el delito, de este enunciado aparecen dos conceptos diferentes que son el objeto material y objeto jurídico..."(101).

De las significaciones contenidas en el concepto que antecede podemos señalar que cuando nosotros hablamos del objeto en referencia al tipo nos determinamos el fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación así pues el objeto del tipo contempla como fin o intento situaciones ambivalentes que provocan la clasificación del objeto jurídico y material originándose ambos de la acción u omisión que comprenda la descripción que integra el tipo. Frans Von Liszt, expresa que llama bienes jurídicos a los protegidos por el derecho, debemos entender como bien jurídico aquel interés jurídicamente protegido, todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad, entonces el bien jurídico no es un bien que crea el derecho sino un bien jurídico de la vida, de los hombres o de la sociedad que el derecho reconoce y protege en forma especial con sus respectivos medios correctivos, esto es que el bien de la vida o de la convivencia social se convierte en bien jurídico cuando queda protegido por la norma.

1.4.2 EL OBJETO MATERIAL

El Objeto Material se puede considerar que "...es la persona o -

101.- Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VI. Editorial Porrúa, México, 1985. Pág. 283

cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva sin confundirse con el sujeto pasivo..."(102) aún cuando en ocasiones esta pueda al mismo tiempo constituir el objeto material del delito "...lo constituye la persona o cosa sobre quien recaé el daño o peligro, esto es la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa..."(103) "...es la persona o cosa sobre la que - recaé el delito..."(104) y puede ser objeto material del delito el hombre, ya sea vivo o muerto, las personas colectivas, el estado, - pero sin ser ninguno de estos casos o sin llegar a confundirse con el sujeto pasivo del mismo. También los objetos materiales pueden - ser los animales y cosas inanimadas "...es la persona o cosa sobre la que recaé el delito que puede ser la persona física, moral o jurídica..."(105) para Carrancá y Trujillo es "...la persona o cosa - sobre la que recaé el delito, lo son cualesquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas..."(106) . El objeto - material del delito de violación impropia, se ubica en las personas y con referencia a ellas, específicamente en aquellas que no tienen pleno discernimiento y esto no les permite oponerse a la conducta - que se realiza; que en el tipo en estudio se lleva a cabo como de - daño, como puede observarse el objeto material coincide con el sujeto pasivo o tutelar del bien jurídico, tomado en cuenta como objeto

102.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 169

103.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 157

104.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 332

105.- De P. Moreno, Antonio. Ob. cit., Pág. 32

106.- Derecho Penal Mexicano. Parte General, Ed., Porrúa, México, 1986, 15a. Edición. Pág. 271

natural susceptible de recibir el daño propuesto por la conducta.

1.4.3 EL OBJETO JURIDICO.

"...es el bien tutelado a través de la Ley Penal mediante la amenaza de sanción..." (107) y se puede decir que no hay delito - sin objeto jurídico, ya que este constituye esencia. "...es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan..." (108) "...es el bien jurídico que el hecho punible lesiona o pone en peligro, el bien protegido por el precepto penal..." (109) "...es el bien o interés jurídico protegido por la norma que para su tutela establece la ley, una pena en caso de una acción antijurídica también se puede denominar objeto de protección..." (110) Carrancá y Trujillo lo concibe como la norma penal violada por la acción inculpa. De acuerdo al objeto jurídico y tomando en cuenta nuestro Artículo 266 tenemos que el bien protegido o tutelado por la ley en base a este tipo es la seguridad sexual que establece al describirlo. El objeto jurídico es fundamental ya que no habría delito de violación impropia, sin éste que en el caso, es de lesión como consecuencia de una acción.

1.5.1 ELEMENTO OBJETIVO O MATERIAL

De acuerdo a De P. Moreno Antonio, el elemento Objetivo o Ma-

- 107.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 169
 108.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 152
 109.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 332
 110.- De P. Moreno, Antonio. Ob. cit., Pág. 36

terial "...son las circunstancias o las modalidades por las cuales la ley define el delito en forma descriptiva, son aquellos elementos sensoriales conocibles, es la acción propiamente dicha..."(111) también se consideran como "...aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puedan ser materia de imputación y de responsabilidad penal..."(112) la doctrina lo conoce como objetivo, material o descriptivo y los divide en: "...Estados y Procesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos y fijados en la ley en forma descriptiva..."(113) Mezger los concibe en la parte especial del Código Penal y son los fijados en la ley en forma descriptiva y han de ser apreciados por el Juez mediante la actividad del conocimiento. Emilio Prado Aspe, dice que son aquellos que capta el lente fotográfico que pueden ser los objetos inanimados, actuaciones humanas o conductas observadas por una determinada persona. La ley al definir los delitos, esto es establecer los tipos legales se limita a menudo a dar una mera descripción objetiva, esta descripción tiene como núcleo la determinación del tipo el empleo de un verbo principal, pero el "...tipo sin dejar de ser descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que puede ser en cuanto al sujeto activo, al pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la

111.- Ob. cit., Pág. 30

112.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 270

113.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 431

ocasión o al medio..." (114) también son los considerados como los - más ya que de estos se vale la ley para describir las conductas que conducen a la pena, son los elementos puros de tipicidad y son referencia a "...cosas, personas o modos de obrar, nociones que pueden ser captadas por los sentidos..." (115) estas referencias objetivas no coinciden con la antijuridicidad que es el elemento objetivo del delito. La objetividad en el tipo penal significa "...que este comportamiento, sólo comprende los elementos para cuya comprobación no se requiere la comprobación de los aspectos anímicos del autor..." (116) el tipo penal por naturaleza es descriptivo en él detalla con objetividad la conducta antijurídica de aquí que en la mayoría de los tipos de la parte especial del Código Penal, tenga como contenido una mera descripción objetiva de conducta, esta "...realiza mediante movimientos corporales o a un resultado material, estos son por lo general estados o procesos de naturaleza externa..." (117) . El elemento objetivo, material o descriptivo en el tipo a estudio, es la cópula en base al precepto legal. A la cópula - la debemos entender desde su significación literal o gramatical hasta llegar al punto que nos interesa. Cópula "...es aquella atadura, ligamento o lazo de unión de una cosa a otra..." (118) es la unión - entre un hombre y una mujer. En derecho civil es trascendente ya -

114.- Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., Pág. 253

115.- Idem.

116.- Claux, Roxin. Ob. cit., Pág. 57

117.- Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit., Pág. 73

118.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, ob. cit., Pág. 376

que se consume con el matrimonio, entre una persona casada y otra - que no sea su cónyuge, constituye adulterio como causal de divorcio "...es unirse o unión o juntarse carnalmente..." (119) "...lazo o - unión, atadura o ligamento de una cosa con otras, juntar, unir una cosa con otra, unirse carnalmente el macho con la hembra..." (120) - desde el punto de vista jurídico que es el que nos interesa tenemos los siguientes conceptos. Cópula "...acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal..." (121) es la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, - unirse o juntarse carnalmente. Y atendiendo a los sujetos activo y pasivo pueden darse las siguientes hipótesis:

- a) Cópula del hombre realizada con mujer por vía normal.
- b) Cópula del hombre realizada con mujer por vía anormal.
- c) Cópula del hombre realizada con hombre por vía anormal.

Jorge Ignacio Garona dice: "...es la penetración del órgano - masculino en cavidad natural de la víctima que debe entenderse como la no producida artificialmente, con el propósito de practicar el - coito o un acto que lo reemplace..." (122) siendo indiferente o no - importando que la penetración sea parcial o total que se llegue o - no la eyaculación la cópula anormal, anal o bucal es con el propósito

- 119.- Diccionario de la Lengua Española, 4a. Ed., Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid España, 1970. Pág. 359
- 120.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo III. Ob. cit., Pág. 876
- 121.- Martínez Roaro, Marcela, Delitos Sexuales, 3a. Ed., Porrúa, México, 1985. Págs. 233 y 235
- 122.- Citado por Martínez Roaro, Marcela. Idem. Pág. 237

to de realizar el coito o un acto similar ya sea afectando la honestidad o la seguridad sexual de la víctima como sería en este tipo - en particular. La cópula normal "...es la penetración del pene en - la vagina y la anormal es la introducción del pene en cualquier sustituto del mismo, en la vagina o el ano..." (123) para los doctores Arturo Baledón Gil y José Torres Toriija, que cita González de la Vega, se entiende por cópula "...el ayuntamiento sexual, entre barón y mujer, precisamente por la vía vaginal o sea el coito - normal..." (124) González de la Vega no acepta este concepto y dice que es "...todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas sin distinción alguna..." (125) ya que fisiológicamente se da la normal como la anormal, entonces el concepto de cópula es sinónimo de: introducción, intromisión, penetración o acceso del miembro viril en la vagina, volviendo a nuestro tipo Artículo 266 del Código Penal tenemos que la cópula puede ser normal o anormal, ya que - no se toma en cuenta o no se especifica, asimismo puede realizarse en hombre o mujer por la misma razón, al ser la cópula introducción del miembro viril en vagina o sustituto queda comprendida en un proceso que el tipo analizado lo da a conocer por medio de un verbo, que no hace referencia ni de tiempo ni de lugar.

1.5.2 ELEMENTO SUBJETIVO

Es aquél que puede proceder de la persona misma que provoca la

123.- Citado por Martínez Roaro, Marcela. Ob. cit., Pág. 239

124.- Citados por González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, S.A., México, 1975. Pág. 147

125.- Ibídem.

conducta esto es la intención criminal o en la culpa, también son - aquellos "...que se refieren al motivo y al fin de la conducta descrita..." (126) o el propósito del agente de causar un perjuicio para fines propios o ajenos consiste en "...características subjetivas, situadas en el alma del autor..." (127) se considera también a "...la intención criminal o la imprudencia o la previsión de lo previsible que produce la acción delictuosa..." (128) para Mezger este elemento se sitúa en el alma del autor, proviene del yo interno subjetivo del agente del cual describe el legislador en ciertos estados y procesos anímicos del agente que el Juez comprobará como característicos del hecho punible. En ocasiones el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que añade a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor, en orden a lo injusto, este aspecto subjetivo de la antijuridicidad se liga con la culpabilidad, son propiamente elementos subjetivos los que se aluden en los términos como: "por ofender", "por desprecio", "por venganza", "en daño de alguna persona", etcétera.

Algunos tipos requieren en el autor "...el conocimiento de circunstancias que dan al hecho un carácter antijurídico, este conocimiento debe ser abarcado por el dolo para que el hecho sea subjetivamente típico..." (129) . También son llamados elementos psíquico -

126.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 273

127.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 437

128.- De P. Moreno, Antonio. Ob. cit., Pág. 41

129.- Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., Pág. 54

subjetivos pues son datos psíquicos cuya ausencia o presencia se da directamente sobre el encuadramiento del hecho en la figura, son elementos subjetivos "...los que abarcan la valoración objetiva..." (130) por lo que se determina si la totalidad de esos datos - constituye un hecho antijurídico, estos elementos pueden asumir diferentes formas; como la intelectual que consiste en un saber o en una finalidad y de carácter afectivo, estados de emoción violenta - que en ciertas circunstancias atenúa el homicidio pero no así en - nuestro tipo en particular.

Entre otros autores encontramos que Fisher, Hegles, Meyer y - Mezger descubrieron que en muchos casos "...lo injusto del hecho de pende de la dirección de la voluntad del autor, momentos subjetivos anímicos interiores sin que por ello se trate de elementos de culpabilidad..." (131) el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas pero que en ocasiones se hace una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a su coeficiente psicológico de dicha conducta hasta integrar un estado de conciencia para dejar - constancia que la conducta tipificada es aquella que esta presidida por dicha finalidad o estado. Cuando se tipifican conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa se ha de hacer referencia en forma explícita o implícita a los elementos subjetivos, la existencia de estos elementos -

130.- Soler Sebastián. Ob. cit., Pág. 156

131.- Citado por Claux, Roxini. Ob. cit., Pág. 66

depende la tendencia interna, trascendental o del estado de conciencia del autor. Podemos decir que el elemento subjetivo radica en - "...un determinado deseo anímico o intención que el agente concreta a su conducta..." (132) este elemento es muy importante ya que aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica sirve - para excluir las configuraciones basadas en los perfiles del actuar culposo cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas, si se tiene en cuenta la situación anímica del sujeto actuante ha de hacer referencia en forma explícita o implícita a dichos - elementos subjetivos, los imperativos de técnica legislativa apoyan a los elementos subjetivos contenidos en los tipos legales, ya que el método objetivo de descripción típica, es insuficiente ante aquellas conductas que emergen de la tendencia interna o del estado de conciencia del autor ante esta insuficiencia del método objetivo de descripción típica se emplea un sistema distinto, en el que se tiene en cuenta las circunstancias anímicas del sujeto actuante, unas veces de manera expresa y otras tácitamente, pretendiendo el legislador subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los - actos u omisiones de índole intencional.

Jiménez Huerta dice que además de condicionar la posible aplicación de la figura sirve para excluir a priori las configuraciones del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan referencias expresas o tácitas a dichos elementos subjetivos son suscep

tibles de entrar en juego con base en la realización del hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones le imponen.

Entonces ante la insuficiencia del método objetivo de descripción típica se emplea en estos casos, un sistema diverso en el que las circunstancias anímicas en que el sujeto actúa son tenidas en cuenta en forma expresa o tácita por la ley "...cuando en los tipos se hace referencia en forma expresa a un elemento subjetivo dice - Ricardo C. Núñez; no se tiene ninguna dificultad para conocer que - el tipo lo exige y cuando en éste no dice nada a la letra sobre el elemento subjetivo la determinación de su existencia depende de la interpretación del tipo en donde el jurista debe mostrar sin sentimiento jurídico en algunos delitos en los que no se menciona literalmente al elemento subjetivo se hace inherente a su noción y así siendo posible su comprobación..." (133) .

Tenemos que los diferentes autores mencionan que el elemento - subjetivo se refiere a la intención criminal, al motivo o fin de la conducta descrita a procesos o estados anímicos, a circunstancias, momentos, situaciones, deseos, intención, todo esto con conocimiento por parte del autor o sujeto activo del delito. El Artículo 266 del Código Penal para el Distrito Federal, nos habla de la violación impropia, en este tipo el elemento subjetivo se manifiesta en forma tácita, porque no lo menciona literalmente en la definición, de ahí

que su existencia depende de la interpretación que se da del mismo tipo y ésta nos conlleva a determinar, que el elemento subjetivo es la intención de tener la cópula con persona menor de 12 años como - primer supuesto, ya que debemos tomar en cuenta que el autor tiene el conocimiento, la intención y deseo de llevar a cabo la conducta delictiva que en este supuesto es el ayuntamiento carnal con persona menor de 12 años.

En el segundo supuesto, que se refiere a la persona que no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones - sexuales o de resistir la conducta delictuosa, se da un proceso an mi co por parte del autor, el cual sabiendo o conociendo el estado - de conciencia del sujeto, que puede ser producido por: embriaguez, sonambulismo, hipnotismo o por alguna imposibilidad física o mental, lleva a cabo la conducta delictuosa que es la cópula con toda inten ción.

1.5.3 ELEMENTO NORMATIVO

Este elemento se puede dar de dos maneras: a) Elementos con valoración jurídica. b) Elementos con valoración cultural.

Mezger los concibe como "...presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho..."⁽¹³⁴⁾ también forma parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por im-

134.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 272

plicar una valoración por parte de la ley ya que tal valoración es necesaria para poder captar su sentido jurídico.

Para Jiménez de Asúa estos elementos se encuentran vinculados con la antijuridicidad sin excluir de la descripción típica. En estos elementos normativos, la función del Juez es desentrañar el sentido antijurídico así como también los que exigen una valoración jurídica o cultural, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley. Los elementos normativos que se encuentran en el tipo, contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio, haciendo referencia a disposiciones de orden jurídico, pero con independencia de la conducta delictiva, en otras ocasiones los elementos normativos imponen al Juez la necesidad de hacer un juicio de valor, que no aparece resuelto en otras normas de derecho, siendo un concepto no captado por los sentidos en donde existe una condición moral que en el juicio del Juez sólo puede valorarlo por diferentes circunstancias, éstos elementos, son de antijuridicidad ya que son componentes del resultado antijurídico que sólo tiene significación determinadora de un valor además de que se apoyan en uno de sus extremos en el tipo legal y en el otro, en la antijuridicidad.

Para Meyer, estos elementos sólo constituyen casos particulares, posteriormente Mezger los clasifica en tres grupos:

- a) Jurídicos
- b) Culturales
- c) Subjetivos

Según se trate de criterios de valoración tomados de las normas ju-

rídicas de la concepción cultural o del arbitrio judicial subjetivo. En el tipo particular que estamos analizando encontramos que el elemento normativo es de la clase de elemento de valoración jurídica, - ya que al referirse al menor de 12 años, el juicio de valoración - que se lleva a cabo por parte del Juez, es por medio de documentos que pueden ser: El acta de nacimiento o un certificado médico que - acredite la edad del menor en el que va a recaer la cópula ya sea - normal o anormal, efectuándose esta aún con el consentimiento del - menor. El segundo supuesto que habla de la persona que por cualquier causa no este en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa también - contiene un juicio de valoración jurídica, ya que al hablar de imposibilidad física, se requiere de certificado médico o de diligencias que la acrediten, tales como la prueba testimonial.

1.6.1 SUJETO ACTIVO

En cuanto al sujeto activo que pasaremos a estudiar, este sujeto fue reconocido desde la época Antigua que se caracterizó por dar se en cuatro períodos en los que se imponía pena a los animales.

- a) en la Antigüedad.- En la que se imponía penas a los animales y a las cosas.
- c) en el Derecho Griego.- Donde se castigaba a los animales y a las cosas porque constitufan un símbolo para que así los hombres odiasen los delitos.

c) en el Derecho Romano.- Aquí se castigaba al animal como un ejemplo, pero se reconocía que no delinquía.

d) período de Simbolismo.- Donde posteriormente se sancionaba al dueño del animal dañoso por concepto de indemnización. En la edad media era cuando se castigaba hasta a los ratones, pero a partir de la Revolución Francesa la responsabilidad penal se hizo personal, así se llegó al principio que sólo el hombre es sujeto del delito porque sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir y no siendo posible ésta ni la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad las que sólo se encuentran en el hombre. "...sólo se puede considerar al hombre como único sujeto del delito y ser denominado delincuente por su capacidad para delinquir..." (135) por lo tanto sólo radica en los seres racionales ya que se requiere de una conciencia y voluntad que sólo se halla en el Hombre. Por mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que sólo la persona individual puede ser sujeto del delito porque sólo puede ser responsable criminal, en virtud de que en él existe la unidad de conciencia y de voluntad que es la base de la imputabilidad su voluntad como potencia y facultad de querer sólo es posible en la persona física. El sujeto activo requerido por el tipo es un elemento de éste, pues no hay delito sin sujeto activo debiendo entenderse como "...aquél que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice..." (136) en cuanto a -

135.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 296

136.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 438

su calidad puede ser cualquiera estando frente a un delito común o indiferente, pero en ocasiones el mismo tipo exige determinado sujeto, esto es una calidad en el sujeto dando origen a los llamados delitos propios especiales o exclusivos. En la Legislación Española - sólo el hombre como persona individual es sujeto activo del delito que a falta de estar expresado en la ley la jurisprudencia establece el declarar que la responsabilidad criminal es individual porque sólo en el hombre concurren los elementos esenciales de la imputabilidad moral. Al sujeto activo del delito se le puede denominar igualmente como "...ofensor o agente y es quien lo comete o participa en su ejecución..."⁽¹³⁷⁾ el que lo comete es activo primario y el que participa es activo secundario, se le denomina activo primario por originaria directa e inmediata determinación típica, así como también para diferenciar de otros sujetos activos, su fundamento legal se encuentra en el artículo 13, Fracción II, establece que: "los - que lo realicen por sí", ya que esta realización la efectúa el autor primario mediante su propia actividad corporal. El autor mediato es aquel que se fundamenta en el artículo 13 Fracciones IV y V - establece "Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo, esta clase es muy importante desde el punto de vista de la causalidad y finalidad, el autor desde este punto de vista es el único que realiza la acción valiéndose de un instrumento humano como medio ejecutorio de su acción, los delitos especiales solo pueden ser co-

metidos por determinadas categorías de personas siendo distinto en los delitos comunes en los que puede ser cualquier persona sin calidad. También dentro del mismo sujeto activo se dan dos cualidades - diferentes como la natural y la jurídica, en relación al tipo se - puede dar en forma unisubjetiva que es cuando se lleva a cabo por - una sola persona, plurisubjetiva es cuando se lleva a cabo por mas de dos personas.

El principio que podemos adoptar es que "...el hombre es el único capaz de voluntariedad..."⁽¹³⁸⁾ y que actualmente este principio es adoptado y aceptado ya que sólo las personas físicas pueden delinquir y como ya lo hemos repetido, una persona es sujeto activo cuando "...realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico culpable y punible siendo autor material del delito..."⁽¹³⁹⁾ siendo de acuerdo con el artículo 13 del Código Penal, los que quedan comprendidos en todas y cada una de sus Fracciones o cuando participa en - su comisión, participando en su ejecución la cual se puede dar como autor intelectual que es "...aquél que propone, investiga y cumple. El cómplice o encubridor es el que preste auxilio al autor con anterioridad a su realización concomitantemente con ella o después de - su consumación..."⁽¹⁴⁰⁾ entonces como solo las personas físicas pueden ser sujeto activo de acuerdo con el Código Penal por cuanto a - la participación en el artículo 13, siendo aplicable por cuanto al

138.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 149

139.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 161

140.- Idem.

autor intelectual la Fracción I, mientras que el cómplice queda comprendido en la Fracción III, por último el encubridor está comprendido en las Fracciones VI, VII y VIII del mencionado precepto. Solo las personas físicas pueden ser sujeto activo "...por poseer su cualidad de inteligencia y de volición que los hace susceptibles de ser imputables, responsables y culpables de su conducta..."(141) En la doctrina tenemos que el autor principal del delito es aquél que ejecutó el acto consumativo la infracción y aquellos que tomaron parte se les llama coautores o correos pero todos son delinquentes principales, Luis Silvela nos dice que la codelincuencia se entiende como "...aquella donde es necesaria una unidad de acción esto es la de el delito y una multiplicidad de personas. La complicidad es la existencia de la liga que une diversos agentes de un mismo delito..."(142) .

Los cómplices son todos los que se encuentran así ligados en un mismo delito y que deben ser ligados en el castigo, el carácter distintivo de la complicidad es la unidad del delito y la pluralidad de los agentes que hayan participado en ese delito.

Vicenzo Manzini en su tratado de Derecho Penal dice que la co-participación delictuosa consiste en "...el concurso de varias causas humanas imputables y punibles en la producción de un determinado delito..."(143) concurren al delito todos aquellos que intervi-

141.- De P. Moreno, Antonio. Ob. cit., Pág. 36

142.- Citado por De P. Moreno, Antonio. Ob. cit., Pág. 38

143.- Idem. Pág. 39

nieron en la acción para la causa productora del evento que concreta el delito.

Para Enrique Ferri, el delito que resulta de una coparticipación de varias personas existe una única acción completa y colectiva con diferentes aportaciones personales pero todas concurrentes - desde el punto de vista de la intención desde los hechos cometidos como los sujetos que lo efectúan y realicen aquella concreta obra - criminosa que es el delito, tanto de los autores como de los cómplices.

Mezger dice que en la codelinuencia no todos se pueden tomar como autores en sentido estricto pero se puede considerar como cómplices por haber participado en el hecho y por lo tanto son sujetos del delito.

Cuello Calón divide a la coparticipación en, tres grupos que son: "...a) Voluntad conciente de todos los coparticipantes de realizar un acto determinado. b) Ejecución de actos encaminados directa o in directamente a la producción del delito bastando que la acción tienda a favorecer a su ejecución..."⁽¹⁴⁴⁾ todos los participantes de un delito son penados en nombre de un delito común, en cuya ejecución hallan intervenido; en los que puede cometerse un delito específico de encubrimiento, éste no está en capacidad de coparticipar en el delito, ya que fue consumado por su intervención que no fue contemporánea sino posterior a la producción del mismo delito.

Ahora en cuanto a las personas sociales existe una duda que es si son responsables penalmente. La diversidad de autores nos explican esta cuestión, se dice que a las personas sociales no se les podría imponer una pena pues se considera como seres ficticios que no quieren o no sienten por sí, son como cuerpo sin alma que carecen de órganos, sentimentales para sufrir una pena y así solo la persona individual, puede ser responsable por que no hay responsabilidad sin culpabilidad y ésta solo es posible en la persona individual; pero las doctrinas de Gierke y Mestre sostenidas por Liszt y Pins, dicen que las penas, si pueden ser aplicables a las personas jurídicas, pero que serían de tipo pecunario, amonestación, disolución de la persona moral, etcétera., no se puede castigar de manera general o igual a todos los integrantes de la misma, ya que tendría como consecuencia que se viniera abajo la idea de justicia. La doctrina tradicional considera como posible sujeto del delito al estado porque responde a los actos de sus dirigentes y funcionarios que se sancionan con medidas de seguridad.

Dentro de las personas morales existen empleados, administradores, directores, etcétera., siendo estos los que deberán sufrir sanciones individuales según hallan intervenido en la acción criminal y esto lo podemos sostener en base al artículo 11 del Código Penal del Distrito Federal que a la letra dice: "...cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto

las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el Juez podrá en los casos exclusivamente especificados - por la ley decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución cuando lo estime necesario para la seguridad pública..."

De acuerdo a la redacción de este artículo se establece claramente que el sujeto activo, se refiere a un miembro o representante de la persona jurídica, que es el que comete el delito, aún siendo en nombre de la persona jurídica. Así podemos concretar que las personas jurídicas, no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia siendo esta elemento básico para la existencia del delito.

Como podemos observar y de acuerdo al artículo 266 del Código Penal aplicable al Distrito Federal en el fuero común y a toda la - República en el fuero federal, el sujeto activo no puede ser persona jurídica, pero si puede y es el hombre, es de observar que dentro del tipo no se hacen referencias específicas en relación al sujeto activo, sin embargo, si tomamos en cuenta que el ser humano - que se avoque a esta conducta, debe realizar cópula, nos damos cuenta que el único que tiene las posibilidades físico-biológicas es el ser humano de sexo masculino con facultades para ayuntamiento carnal. En cuanto a los sujetos que intervienen, se puede dar en forma unisubjetiva, esto es por un ser humano del sexo masculino con posibilidades para llevar a cabo cópula o por varios de éstos sujetos y

por ello, puede llegar a ser plurisubjetivo. En este tipo se puede dar la complicidad donde puede haber autor principal que es el que efectúa el acto y los que tomaron parte como los coautores, de igual manera se le puede tener como copartícipe, cuando intervienen varias personas en una única acción, pero con diversas aportaciones personales.

1.6.2 SUJETO PASIVO

En todo delito debe existir un sujeto pasivo que debe entenderse como "...el titular del bien jurídico protegido por la ley..."⁽¹⁴⁵⁾ para Bettiol existen dos clases de sujetos pasivos que son:

- a) Uno constante que sería el estado administrativo que se encuentra en todo delito.
- b) Uno eventual dado por el titular del interés concreto violado por la infracción.

Por lo regular el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo, pero en algunos casos se exige la calidad del sujeto pasivo ya que de no existir esta no puede darse la tipicidad entonces cuando el tipo requiere tal calidad se considera como un delito personal y cuando no la exigen es un delito impersonal, esto es:

- a) Personales, cuando la lesión recaé sobre una persona física.

b) Impersonales, cuando recaé en una persona moral, el estado o la sociedad en general.

El sujeto pasivo se conoce como "...el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por el delito..."⁽¹⁴⁶⁾ el sujeto pasivo puede ser: a) la persona física sin limitaciones, esto es desde su concepción hasta después de su muerte, nos referimos al aborto y - al delito de profanación de cadáveres y así como a su salud, estado civil, honor, libertad, patrimonio, etcétera. b) la persona moral o jurídica sobre quien recaé la conducta delictiva como en el patrimonio. c) el estado como poder jurídico es titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal pudiendo ser igualmente - ofendido o víctima de la conducta delictuosa, como los delitos contra la seguridad exterior de la nación. d) la sociedad en general como el delito contra la economía pública o moral pública como la - corrupción de menores.

El sujeto pasivo es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. "...es el hombre sobre quien recaé - los actos materiales del culpable..."⁽¹⁴⁷⁾ . Para Cuello Calón el - sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito, puede ser Sujeto Pasivo como ya hicimos mención la persona individual, sin distinción de sexo estado mental, edad, posición social o económica esto es cualquiera

146.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 165

147.- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal 2a. Ed.; Editorial Porrúa, México, 1980. Pág. 152

que sea su posición jurídica durante el período vital. Los animales no son Sujetos Pasivos, pero la ley protege para evitar un daño material o moral a sus propietarios.

Al Sujeto Pasivo se le puede considerar también como ofendido, paciente o inmediato y es el que sufre directamente la acción sobre quien recaé los actos materiales mediante los que se realiza el delito, es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. Según Carrancá y Trujillo es la persona sobre quien recaé los actos materiales mediante los que se realiza el delito. Para Carrara es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito, para Cuello Calón es la persona individual a la que se le da tutela penal. La sociedad es la que se considera como principal Sujeto Pasivo del delito, porque la componen: las personas físicas o morales y el estado, que se ven afectados en: a) en las condiciones esenciales para su existencia física o jurídica. b) en las condiciones esenciales para su existencia o conservación económica. c) en las condiciones esenciales para su vida moral o interna u orgánica de los sujetos protegidos por el derecho penal.

La situación por la que atravieza la sociedad como sujeto pasivo del delito, como un conjunto organizado de personas formado por familias o pueblos se considera como principal sujeto pasivo del delito como consecuencia de la realización de una conducta delictuosa hacia uno de sus integrantes de esa sociedad esto en general.

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO

- 2.1 CONDUCTA
- 2.2 TIPICIDAD
- 2.3 ATIPICIDAD
- 2.4 ANTIJURIDICIDAD
- 2.5 CULPABILIDAD Y SUS PRESUPUESTOS
 - 2.5.1 IMPUTABILIDAD
 - 2.5.2 INIMPUTABILIDAD
 - 2.5.3 CULPABILIDAD
 - 2.5.4 RESPONSABILIDAD

2. EL DELITO

Para poder pasar al siguiente punto debemos entender que es el delito en general para continuar con los presupuestos del mismo y posteriormente estudiar cada uno de los elementos positivos del delito comenzando con el principal que es la conducta.

Delito "... (Del Lat Delictum) M. culpa, crimen, quebrantamiento de una ley acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave, fragante aquél en cuya combinación se sorprende al delincuente. Infraganti al que se comete ante el Juez publicamente..." (148) .

Tenemos que ante todo el delito es una conducta humana. Para - Frans Von Liszt "... es un acto humano culpable antijurídico y sancionado con una pena. Para Ernest Von Beling es la acción típica antijurídica, culpable subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad. Para Edmundo Mezger es una acción típicamente antijurídica y culpable..." (149) concepto con el que esta de acuerdo Carlos Fontan Balestra. Para Mayer es "... un acontecimiento típico antijurídico e imputable. Para Jiménez de Asúa es un acto típicamente antijurídico culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción..." (150) .

Como podemos darnos cuenta, todos los autores mencionados al dar

148.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo IV, México, 1979, Pág. 1067

149.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 160

150.- Idem.

su concepto del delito lo componen de varios elementos de los cuales estudiaremos cada uno en su oportunidad.

Nosotros estamos de acuerdo con la teoría de Eduardo Mezger, el cual compone el delito de cuatro elementos que son una acción o conducta, típica, antijurídica y culpable, continuando con nuestro estudio pasaremos a estudiar los presupuestos del delito para fundamentar con el primer elemento que es la conducta, analizando uno a uno, los elementos positivos de delito, en cuanto a los negativos no serán objeto de análisis en su integridad porque no existen para el delito previsto en el artículo 266 del Código Penal que se refiere a la violación impropia.

Debemos estimar como presupuestos de la conducta o del hecho en razón de que el tipo puede describir una u otra en sus respectivos casos. Para Manzini los presupuestos del hecho "...son aquéllos elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho..." (151) cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya un delito. En otras palabras se consideran presupuestos de la conducta o del hecho aquéllos antecedentes jurídicos o materiales previstos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o el hecho típico, los presupuestos jurídicos del hecho son las normas de derecho y otros actos jurídicos de los que la norma incriminadora presupone la pre-existencia para que exista que exista el delito, los presupuestos materiales del hecho son las condiciones

reales pre-existentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. Los requisitos de la conducta o del hecho son:

- a) Un antecedente jurídico o material.
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho.
- c) Necesario para la existencia de la conducta o hecho descrito por el tipo.

Para Caballo son presupuestos del hecho "...los elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, los cuales son condiciones para que éste pueda constituir una figura delictiva material del delito..."⁽¹⁵²⁾ y si falta el hecho, ya no es punible como delito, además el término hecho tiene dos significados "...uno amplio por el cual es considerado como comprensivo de todos los elementos que realizan el tipo legal descrito por la norma, otro en sentido estricto o técnico por el cual se refieren solamente a los elementos materiales del tipo..."⁽¹⁵³⁾ Para Maggiore "...serían los elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución de hecho cuya existencia se requiere para que el hecho previsto por la norma constituya un delito. Para Pretrocelli puede constituir en hechos materiales o en actos y situaciones jurídicas, son aquellos cuya pre existencia es indispensable para que pueda surgir el hecho tal y como esta hipotetizado en la norma..."⁽¹⁵⁴⁾ Porte Petit, considera a los presupuestos del delito como de la conducta o del hecho, los pre

152.- Citado por Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 261

153.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 175

154.- Idem.

supuestos del delito son "...aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o del hecho descritos en el tipo y de cuya existencia depende el título del delito respectivo..."(155) estos presupuestos pueden ser generales esto es común a todos los delitos o especiales esto es propio de cada delito.

Como presupuestos del delito general tenemos:

- a) La norma penal y su sanción.
- b) El sujeto activo y pasivo.
- c) La imputabilidad.
- d) El bien tutelado.

La ausencia de alguno de estos acarrea la inexistencia de el delito. Como presupuestos del delito especial tenemos:

- a) Un elemento jurídico o material.
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho.
- c) Necesario para la existencia del título del delito.

La ausencia de alguno de estos se traduce en una variación del tipo delictivo.

Los presupuestos de la conducta o del hecho según Porte Petit, son "...los antecedentes previos, jurídicos o materiales necesarios para la existencia de la conducta o hechos constitutivos del delito..."(156)

155.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 173

156.- Idem. Ob. cit., Pág. 174

2.1 CONDUCTA

Los presupuestos materiales son las conductas reales pre-existentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho la ausencia de un presupuesto de la conducta o del hecho implica la imposibilidad de la relación de la conducta o del hecho descritos en el tipo.

A la conducta o hecho como elemento del delito se le ha denominado de diferentes maneras, unos hablan de la acción en sentido estricto así como de la omisión, otros autores aceptan el término conducta como Castellanos Tena incluyendo dentro de esta a la acción y a la omisión como al resultado. Porte Petit prefiere también hablar de conducta o hecho como elemento objetivo del delito según la descripción del tipo, originándose así los delitos de mera conducta y los de resultado material, no se puede negar que el delito lo constituye una conducta o un hecho humano y dentro de la relación lógica que existe entre todos los elementos del delito ocupa primer lugar. Además se dice que el término acción no es adecuado porque no abarca la omisión por el sólo hecho de que la acción implica, movimiento y la omisión todo lo contrario, entonces como son antagónicos, uno de ellos no puede servir de género del otro, en cuanto al término acto tampoco le parece aceptable porque a veces constituye la acción misma pero en otra forma parte de la acción al estar ésta constituida por varios actos como los delitos unisubstanciales y plurisubstanciales. En conclusión afirma Porte Petit que el acto "...en unas ocasiones constituye el todo- esto es la acción

y a veces parte de ese todo..."(157) Jiménez de Asúa acepta la expresión acto que considera conveniente "hecho"es un término muy genérico, Binding señala que con esta palabra se designa todo acontecimiento que nazca de la mente del hombre o se produzca por un caso fortuito, mientras que la acción se entiende voluntad jurídicamente significativa y rechaza el término conducta por referirse a un determinado comportamiento a una actuación más continuada a un acto psicológico del que consiste la culpabilidad, también niega el concepto de acontecimiento por no considerarse como elemento objetivo.

Este mismo autor define el acto como "...la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o que, por no hacer lo que se espera deja inerte ese mundo externo, - cuya mutación se aguarda. Además como el mismo Jiménez de Asúa dice el acto como sustituto de la acción es la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión causa un cambio en el mundo exterior..."(158)

Continuando con este mismo autor acepta la palabra acto en distinción de hecho ya que este significa todo acontecimiento humano o del mundo de la naturaleza, en cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejercita además de usarlo en su - más amplia aceptación tanto en su aspecto positivo "acción como el negativo omisión", el acto al igual que la acción implica sólo un - hacer y por lo tanto no comprende a la omisión.

157.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 177

158.- Idem. Ob. cit., Pág. 178 y 179

Acepta la doctrina de Binding en cuanto que señala que la palabra hecho se designa a todo acontecimiento que nazca de la mano del hombre o de su mente por un caso fortuito. Para Cuello Calón, el término correcto es acción por ser "...la conducta exterior voluntaria-encaminada a la producción de un resultado..."(159) comprendiendo la conducta activa- hacer positivo- como la conducta pasiva dejar de hacer u omisión. Este mismo autor considera a la acción "...un movimiento corporal voluntario o una serie de movimientos corporales dirigidos a la abstención de un fin determinado..."(160) constituida por actos voluntarios quedando fuera los actos reflejos y la fuerza física irresistible en cuanto a la conducta negativa dice que no hay que confundir a toda la inactividad con la omisión, siendo que esta es una inactividad voluntaria, entonces se puede definir como "...la inactividad voluntaria, cuando la norma penal impone el deber de ejercer un hecho determinado. Existen dos clases de omisiones, la primera es la omisión impropia que consiste en producir un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer, la segunda omisión propia o simple no se da la mutación del mundo por ser el resultado puramente jurídico o típico, en cambio en la omisión impropia la inactividad del agente produce un cambio material en el mundo exterior..."(161) entonces se está en un delito de comisión por omisión cuando el agente llega a producir un resultado-material típico a través de una inactividad, o no hacer voluntario o

159.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 191

160.- Ibidem. Pág. 192

161.- Ob. cit., Pág. 194

culposo con violación de una norma preceptiva y de una norma prohibitiva. La diferencia que existe entre la omisión simple y la comisión por omisión son:

- a) En la omisión simple se viola solo una norma preceptiva penal en la comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y otra norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.
- b) En los delitos de omisión simple solo se da un resultado jurídico, en la comisión por omisión se produce un resultado tanto jurídico como material.
- c) En los de omisión simple es la omisión la que integra el delito, en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.

Para Caballo y Franco Guzmán utilizan el término "hecho" pero define a la acción como "...una actividad humana que se expresa en el mundo exterior por uno o más actos para alcanzar un fin en las formas previstas por la ley. En cuanto a la omisión dice que es la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación de realizar..."⁽¹⁶²⁾ Para Castellanos Tena y Jiménez Huerta el término que aceptan es conducta por que la consideran como un término más adecuado por recoger en su contenido las diferentes formas que el hombre pone en relación con el mundo exterior.

Pavón Vasconcelos define a la conducta y dice "...es siempre una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin. Para López Gallo,-

la conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria..."(163) Para Ranieri la conducta se entiende como "...el modo en que se comporta el hombre dando expresión a su voluntad..."(164) Y así se puede decir que es la manifestación de voluntad en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corpórea del sujeto. - En cuanto a la omisión el mismo Jiménez Huerta dice que "...es una inacción corporal, un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad. Para Mezger consiste en un no hacer cuyo fundamento lo constituye la acción esperada y exigida sin la cual no es posible hablar de omisión en sentido jurídico..."(165) Porte Petit y Pavón Vasconcelos están de acuerdo en manejar los términos conducta o hecho claro está según la hipótesis que se presente esto es, se hablara de conducta cuando el tipo no requiere sino una mera actividad del sujeto de hecho cuando el tipo exija no solo una conducta sino además un resultado material.

Porte Petit, señala que la acción tiene tres elementos que son:

a) La voluntad o el querer que constituye el elemento subjetivo de la acción y así se considera a la conducta como factor psíquico esto es la voluntad.

b) Actividad o movimiento corporal, éste como elemento externo es la actividad del agente que realiza al exterior pero la actividad en sí no constituye la acción, pues le falta el elemento de voluntad y ésta aislada no interesa al derecho penal porque el pensamien

163.- ob. cit., Pág. 179

164.- Ob. cit., Pág. 180

165.- ob. cit., Pág. 194

to no delinque ya que se necesita la existencia del elemento psíquico y del elemento material para que se configure la acción en forma positiva de la conducta.

c) Deber jurídico de abstenerse de no obrar esto es en la acción - existe un deber jurídico de abstenerse de no obrar.

En cuanto a la omisión el mismo autor la considera como "...una abstención voluntaria o culposa violando una norma preceptiva imperativa, no se hace lo que se debe hacer..."(166) Para Antolisei da un concepto de carácter general sobre la acción el cual corresponde no solo los actos externos sino aún aquellos de naturaleza interna que para este autor la acción no es cualquier comportamiento humano sino sólo la conducta del hombre manifestada a través de un hecho exterior, pero no toda acción del hombre sino sólo aquella que es trascendental para el derecho, de esto podemos decir que la conducta consiste en "...el peculiar comportamiento de un hombre que - se traduce en una actividad o inactividad voluntaria..."(167) . Por otro lado nos dice que la conducta puede asumir dos formas diversas que son: una positiva y otra negativa que consiste en un hacer o no hacer en el primer caso tenemos a la acción en sentido estricto llamada también acción positiva, en el segundo la omisión a la que se le puede llamar acción negativa.

Existen tres formas para la realización de la conducta:

1.- Se presenta en cuanto el sujeto realiza totalmente la conducta,

166.- Ob. cit., Pág. 195

167.- Ob. cit., Pág. 180

utilizando algún órgano idóneo de su cuerpo cualquier instrumento, - un medio moral, etcétera, presentándose así el caso del autor material o inmediato.

2.- Aquí el sujeto realiza parcialmente la conducta y la parte restante la lleva a cabo la propia víctima o un tercero.

3.- En esta la conducta es efectuada por un sujeto que es instigado o por un sujeto que sirve de instrumento- inimputable, inculpable.

En los casos de error, hecho esencial o invencible, de no exigibilidad de otra conducta o sirviendo de instrumento un culpable. Esto lo podemos esquematizar de la forma siguiente:

Totalmente por el sujeto.	<ul style="list-style-type: none"> a) algún órgano idóneo de su cuerpo b) cualquier instrumento c) un medio moral d) fuerzas sub-humanas 	De la naturaleza animales
Parcialmente por el sujeto y la restante	<ul style="list-style-type: none"> a) la propia víctima b) un tercero c) fuerzas sub-humanas 	De la naturaleza animales
Totalmente por un...	<ul style="list-style-type: none"> a) instigado b) inimputable c) inculpable d) culpable por culpa 	Por error de hecho esencial o invencible

Para Bataglini afirma que la conducta "...constituye el nudo de la figura del delito..."(168) Barner conceptúa a la conducta como el

esqueleto sobre el cual se configura el delito, Grispiñi, considera a la conducta como el elemento sustantivo y los demás elementos como adjetivos que son la antijuridicidad y la culpabilidad, la conducta viene a constituir un elemento esencial general material de todo delito, sirve para designar el elemento objetivo del delito cuando el tipo exige una mera conducta.

Pero insistiremos en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal o bien una inactividad, una abstención, un no hacer, tanto el actuar como el omitir, el hacer o el no hacer teniendo íntima relación con el factor psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada. La conducta como voluntad se exterioriza en varias formas como:

a) acción

b) la omisión que se divide, omisión simple, omisión impropia y comisión por omisión de los cuales ya hemos hecho mención anteriormente.

La acción consiste en la conducta positiva que se expresa mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de la norma prohibitiva.

La omisión es una conducta negativa, es una inactividad humana-voluntaria con violación de una norma preceptiva, si hablamos de la conducta como acción estamos hablando de una actividad que consiste en un movimiento corporal al que se integra uno de naturaleza psíquica, este es la voluntad del sujeto de realizar dicha actividad, mientras que en la omisión el sujeto permanece inactivo, omitiendo

voluntariamente su actuar esperado y exigido por el delito. Existen omisiones que son el resultado de un esfuerzo conciente y omisiones que se verifican inconscientemente o automáticamente podemos concluir que la conducta se integra por dos elementos: "...a) Físico - que consiste en el movimiento corporal o en la inactividad. b) El psíquico que consiste en la voluntad de realizar la acción o la omisión o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad..." (169) .

De acuerdo al artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para la República en Materia Federal, la conducta es la base del delito ya que a la letra dice "...Delito - es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales..." entonces - tenemos que el término conducta es adecuado para abarcar la acción y la omisión, es decir dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, ya que este se forma por la conducta, resultado material y de la relación de casualidad. La palabra "hecho" según Ferrer Sama, como su término es muy extenso comprende tanto la actividad humana como los acaecimientos de los fenómenos de la naturaleza.

De acuerdo a este análisis y en relación con el artículo 266 tenemos que es un delito cuya conducta se exterioriza por medio de movimientos corporales voluntarios, esta conducta es positiva, y se exterioriza como acción, además de que se dan los dos elementos que integran a la conducta que son el físico que es el movimiento corpo-

ral por parte del sujeto activo y el psíquico que es la voluntad de actuar del mismo sujeto, ya que este al realizar la cópula lleva a cabo movimientos corporales y psíquicamente también se da porque se quiere efectuar la cópula con menor de 12 años ó con persona incapacitada y que no esté en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, violando con su conducta una norma prohibitiva. Esta conducta se realiza totalmente por el agente del delito que emplea un órgano idóneo de su cuerpo atendiendo con ello a la clasificación propuesta en el cuerpo de este estudio.

2.2 TIPICIDAD

Continuando con el segundo elemento del delito que es la tipicidad tenemos que es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración. El vocablo tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo que proviene del latín tipus en su acepción trascendental para el derecho penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisonomía propia.

Se conoce como adecuación al tipo en su primera fase de "independencia" la tipicidad tiene su función meramente descriptiva separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad, la teoría de la tipicidad fue expuesta por Beling en 1906, la segunda fase en su carácter "indiciario" teoría de la tipicidad que se expone en el tratado de Derecho Penal de Mayer de 1915, en esta teoría le atribuye-

un carácter indiciario continuando su independencia con la antijuridicidad, este carácter indiciario se cumple principalmente en relación con los elementos del tipo como fundamento legal tenemos lo establecido en el artículo 14 Constitucional al expresar "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

La tipicidad es "...la adecuación a la conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto, también se puede decir que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley..." (170) Para Celestino Porte Petit es la adecuación de la conducta al tipo resumiéndose en la fórmula *Nullum Crimen Sine Tipo*. Y para Marx Ernest Mayer en su tratado de Derecho Penal de 1915 asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva sino indiciaria de la antijuridicidad. Esto es que no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad ya que en toda conducta típica hay un principio de probabilidad de antijuridicidad, apoyando este criterio Mezger afirma que el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto.

Jiménez de Asúa, citado por Fernando Castellanos, sostiene que "...la tipicidad desempeña una función predominantemente descripti-

va que singulariza su valor en las características del delito..."(171) Y se relaciona con la antijuridicidad por concretarlas en el ámbito penal. Además de que "...es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción..."(172) Para Pavón Vasconcelos la tipicidad es "...la adecuación de la conducta a la hipótesis legislativa..."(173) También se le considera como el encuadramiento de la conducta en la figura legal. Para Soler presupone el hecho tipificado más la adecuación típica del hecho concreto al tipo legal. A la tipicidad la debemos entender como un elemento constitutivo. - Alfonso Reyes expone que la tipicidad tiene dos momentos:

- a) el estático que permite conocer la estructura formal y substancial de los tipos.
- b) el dinámico que da la oportunidad de comprender el activo papel que desempeña en el Derecho Penal la adecuación típica que se entiende como el proceso conceptual mediante el cual un concreto comportamiento humano encuadra dentro de un tipo penal determinado.

Para Francisco Blasco y Fernández de Modera "...la acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se refuta delictuosa, - para violar a la generalidad de los casos un precepto, una norma, -

171.- Ob. cit., Pág. 166

172.- Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 470

173.- Ob. cit., Pág. 283

penalmente protegida. Para Lauriano Landaburo la tipicidad consiste en una cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal. Para Prado Aspe es un elemento que se da cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta con escrupulosa exactitud a la hipótesis de la ley. Jiménez Huerta dice- la adecuación típica significa encuadramiento de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias..."(174) Además es el fundamento del hecho punible. Para Carrancá y Trujillo "...es la adecuación de la conducta al tipo legal concreto. Además de ser- un elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inculparable la acción..."(175) Fontan Bales- tra sostiene que consiste en la descripción que contienen los artícu- los de la parte especial de los Códigos Penales, a modo de defini- ción de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción..."(176) .

La tipicidad es considerada como elemento esencial del delito, - cuya ausencia impide su configuración. El papel que desempeña la ti- picidad en la teoría del delito, una vez comprobado que existe una - conducta debe investigarse que halla adecuación al tipo, siendo nece- sario el papel que se le ha designado a la tipicidad y éste es:

- a) La tipicidad es una característica esencial del delito.
- b) La tipicidad es un requisito del hecho según delito positivo.
- c) La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito.

174.- Citados por Forte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 470

175.- Citado por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 228

176.- Citado por Forte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 470

d) La tipicidad es una condición pero no elemento del delito.

En su tercera fase "Rattio Essendi" de la antijuridicidad, para Mezger la tipicidad es mucho más que un indicio llegando a constituir la base real de la Rattio Essendi, siendo esencial a la antijuridicidad la tipicidad, esta en sentido estricto es un elemento -- esencial del delito, es la descripción hecha por el legislador de - aquí que no halla delito sin tipicidad la función de la tipicidad - es primero, debemos reconocer que el delito es una unidad en la - cual la tipicidad es descriptiva además de ser un indicio de la antijuridicidad ya que la delimita y la enmarca, de esto podemos concluir que la tipicidad tiene una función predominante descriptiva - que singulariza su valor en el concierto de las características del delito.

La tipicidad pertenece a la conducta, es la característica que tiene además de ser la adecuación de la conducta del tipo, la Suprema Corte de Justicia ha establecido "...para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto, se subsuma en un tipo legal, esto - es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior esto es la producción del resultado lesivo, que enmarquen dentro de la definición de un tipo penal..." (177)

La tipicidad consiste en el comportamiento del acusado que se encuentra adecuado al tipo y describe la ley penal, también se considera como la adecuación ó conformidad a lo prescrito por el tipo la importancia que tiene la tipicidad es que no hay delito sin ella encontrándose así frente a un aspecto negativo de una relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad la que estudiaremos en su oportunidad.

De acuerdo a este análisis tenemos que la tipicidad, es la adecuación concreta de una conducta singular, exacta, prohibida y descrita expresada en una hipótesis de la ley ó en una figura legal del Código Penal sin la cual no habría delito, siendo esta descripción la contenida en el artículo 266 del Código Penal vigente el cual a la letra dice: "...se equipara a la violación y se sanciona con las mismas penas, la cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa..." por ello para que exista tipicidad, será menester que se reúnan los elementos que contiene la descripción del tipo, que como antes hemos establecido son: objetivo, subjetivo y normativo.

2.3 ATIPICIDAD

La atipicidad como aspecto negativo de acuerdo a su significado literal significa "...cualidad de los actos lesivos, para el derecho que no se conforman a los descritos en las leyes vi-

gentes..." (178) como elemento negativo de la tipicidad tenemos a la atipicidad "...es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica jamás podrá ser antijurídica..." (179) .

Entonces cuando no se integran los elementos descritos en el tipo legal se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada, cuando se da la atipicidad hay falta de tipo. Las causas de atipicidad pueden ser:

- a) Ausencia de la calidad exigida por el tipo en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legal exigidos.
- f) Por no darse en su caso la antijuridicidad especial.
- g) Cuando falte alguna referencia de otra índole exigida especialmente por la ley.

La atipicidad es "...la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho..." (180) entonces es la ausencia de adecuación típica.

178.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones de Reader's Digest. Tomo I 18a. Edición, México, 1982. Ob. cit., Pág. 295

179.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 172

180.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 284

Para Ballvé hay tipicidad "...cuando hay carencia de hecho punible, cuando no hay actos de realización del núcleo del tipo. Para Jiménez de Asúa: a) se da cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del delito descrito en el Código Penal o en Leyes Penales Especiales. b) cuando la ley no ha descrito la conducta - que en realidad se nos presenta con características antijurídicas..." (181) es la falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora que produce la atipicidad.

Reiniare enuncia las causas de exclusión de la tipicidad: a) la ausencia de una norma a la cual referir el hecho. b) en caso de - que en la norma existe la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los elementos que componen el tipo legal, por falta de una norma a la cual referir el hecho y éste cuando esta fuera de la prescripción de un modelo legal no puede decirse típico, pero cuando esta fuera en parte la causa de exclusión de su tipicidad puede existir.

Para Beling considera a la atipicidad como "...carencia del delito-tipo y se da cuando no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales. Es la - existencia incompleta de los elementos del tipo en un caso concreto existe cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular. Si la tipicidad consiste en la conformidad del tipo y este puede contener uno o varios elementos entonces la atipicidad - existirá cuando no hay adecuación al mismo, cuando no se integren -

181.- Citados por Porte Petit, Celestino. Ob. cit., Pág. 284

todos ó el elemento descrito en el tipo, en el caso que sean varios elementos no se integren en su totalidad. Las causas de atipicidad son la falta de calidad del sujeto activo, pasivo, falta de objeto, de medio, de lugar, de tiempo de ocasión. Para Puig- se dá cuando - 1) hay ausencia total del tipo. 2) ausencia de tipicidad por falta de objeto jurídico o material. 3) por ausencia del sujeto típico.- 4) por falta de medio típico. 5) por falta de referencias temporales o especiales del tipo..."(182) .

Como conclusión podemos exponer lo siguiente:

Para señalar las atipicidades bastará con colocar el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo.

- 1.- Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- 2.- Ausencia de la calidad del sujeto activo requerida en el tipo.
- 3.- Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- 4.- Ausencia objeto jurídico.
- 5.- Ausencia objeto material.

-Referencias temporales

-Referencias espaciales

-Referencias otro hecho punible

- 6.- Ausencia de las modalidades de la conducta.

-Referencias de otra índole exigidas por el tipo

-Referencias de los medios empleados

7.- Ausencia del elemento normativo

8.- Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Las consecuencias que se producen cuando existe la tipicidad son:

- a) La no integración del tipo.- Cuando falta alguno de los elementos.
- b) Traslación de un tipo a otro tipo, cuando se da otro delito.
- c) Existencia de un delito imposible, cuando no existe el bien jurídico protegido.

De acuerdo a este razonamiento y con relación a nuestro tipo el Artículo 266 del Código Penal, tenemos que sí se puede configurar la atipicidad en cuanto al sujeto activo que debe ser forzosamente un hombre en general, por lo que respecta al pasivo si no es una persona menor de 12 años o una persona trastornada mentalmente o imposibilitada físicamente no se configura el tipo.

Por cuanto al objeto material podemos determinar que este se con funde con el sujeto pasivo y por tanto es operante lo que se estable ce respecto a este tomando en cuenta que el tipo no contiene referen ci as temporales, espaciales, medios empleados ni de otra índole exi gi das por la descripción y por tanto estas no serán causas de atipi ci dad, pero si serán causas irrefutables, la ausencia del núcleo del tipo que describe cópula, así como la no existencia de los elementos normativos subjetivos del injusto que conforman la descripción, desde luego que cualquiera de las ausencias mencionadas afectará la ex istencia del objeto jurídico evitando se viole la seguridad sexual y las consecuencias que pueden verse dentro de la atipicidad compre ndida en el delito que estudiamos son las siguientes:

- 1.- La no integración del tipo cuando falta alguno de sus elementos (objetivo, subjetivo y normativo).
- 2.- Traslación de un tipo a otro tipo cuando la calidad del sujeto pasivo es adversa pudiéndose dar violación simple o estupro dependiendo del cambio en los elementos subjetivo, normativo y objetivo.
- 3.- Delito imposible, por no existir bien jurídicamente tutelado.

2.4 ANTIJURIDICIDAD

Continuando con el estudio de los elementos del delito sigue - la antijuridicidad de la cual enunciaremos los siguientes criterios comenzando con los significados desde su punto de vista literal.

El diccionario Mexicano expone: Que la antijuridicidad es la - calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo previsto por la norma jurídica que la regula, también se puede hablar del injusto - como sinónimo de antijuridicidad que tradicionalmente se le considera como lo contrario a derecho surgiendo por la necesidad de determinar cuando una acción pueda ser clasificada como lícita que es - cuando se adecúa a la norma jurídica que la regula o como ilícita - cuando se viola la norma jurídica.

Eduardo García Maynes, dice que son ilícitas las conductas que omiten un acto ordenado y las que ejecutan uno prohibido.

La antijuridicidad es una condición para que el estado aplique la sanción que puede ser civil o penal, desde este último punto de vista, la antijuridicidad es uno de los elementos del delito.

Para Porte Petit "...una conducta es antijurídica cuando no se prueba una causa de justificación..."(183) la antijuridicidad "...significa toda manifestación, actitud o hecho que contraria los principios básicos de derecho siendo lo contrario al derecho positivo..."(184) .

La antijuridicidad no surge del derecho penal sino de todo el orden jurídico, se le considera como el choque de la conducta con el ordenamiento jurídico, se puede probar la existencia de la antijuridicidad con la constatación de que la conducta típica no está permitida por ninguna causa de justificación en el orden jurídico como requisito del mismo.

La antijuridicidad es la característica que tiene una conducta de ser contraria al orden jurídico a diferencia del injusto penal que es la conducta que presenta las características de ser penalmente típica y antijurídica, siendo esta característica del injusto, se ha afirmado que la antijuridicidad es un concepto negativo desaprobador del hecho humano frente al derecho.

Para tener como antijurídica una conducta es necesario una doble concurrencia que son: 1) la violación a una norma penal. 2) la ausencia de una causa de justificación.

La mayoría de los autores están de acuerdo en que la antijuridicidad es una contracción o desacuerdo entre la conducta del hombre y las normas de derecho, Hanz Welzel precisa a la antijuridici-

183.- Citado por Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit., Pág. 154

184.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Ob. cit., Pág.310

dad"...como un "juicio de valor" negativo o un juicio de desvalor - del derecho sobre la conducta humana, aclarando que la antijuria no es un mero juicio de desvalor sino una característica de desvalor - de la conducta..."(185) es antijurídica una conducta cuando contradice las normas de derecho. Para Bending "...la norma crea lo anti-jurídico y la ley crea la acción punible, esto es, la norma valoriza y la ley describe..."(186) para Castellanos Tena es "...la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal - respectivo. Afirmando además que la antijuridicidad es fundamentalmente objetiva. Para Pavón Vasconcelos es- la oposición de la conducta típica con las normas de cultura reconocidas por el estado. - Para Carrancá y Trujillo es "...toda acción típica y punible según la ley..."(187) .

De acuerdo a esto el artículo 14ª Constitucional establece que si no existe una ley espedita con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trate, no podrá imponerse pena alguna, de donde resulta que siguiendo el criterio de Carrancá y Trujillo y de acuerdo a la disposición Constitucional para que exista antijuridicidad debe haber previamente una norma jurídica que contenga la conducta y que ésta se haya llevado a cabo sin que encuentre justificación en los cuerpos normativos, es por ello que Bending sostiene que la norma valoriza y la ley crea la acción punible

185.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 289

186.- Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., Pág. 269

187.- Citados por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Págs. 193,205,207

porque previamente describe la conducta.

En forma más explicativa encontramos los conceptos de Castellanos Tena y Pavón Vasconcelos, quienes coinciden al señalar que cuando la conducta fáctica reúne los elementos del tipo se viola la norma de cultura reconocida o bien jurídicamente tutelado de ahí que estas posiciones nos lleven a darnos cuenta que la antijuridicidad contiene un doble vertiente a la que hace referencia.

Bending y Mayer que señalan el doble sentido de la antijuridicidad en "...a) formal o legal.- Constituida por la violación a la ley o el quebrantamiento a una norma establecida por el estado - b) material.- Se integra por la lesión o peligro para bienes jurídicos o la contradicción a los intereses colectivos. Para Cuello Calón la formal es la rebeldía contra la norma jurídica mientras que para Villalobos es la infracción a las leyes. Para el primero la material, es el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, para Villalobos es el quebrantamiento de las normas. Para Franz Von Liszt la formal es- la transgresión a la norma dictada por el estado, contradiciendo el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico por lo que hace a la material, la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad, una conducta antijurídica cuando es dañosa, antisocial o asocial e injusta, cuando no puede ser reconocida como medio justo para un justo fin..."(188) .

La antijuridicidad material y formal constituyen la figura del delito en virtud de que en el aspecto material se encuentra en la

lesión del bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado y en el formal constituido por la conducta opuesta a la norma, esto es los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad, no previstos para la norma, solo serán antijurídicos cuando una ley los sancione, esta información se hace en base a que la antijuridicidad material sin la formal no constituye trascendencia penal, ya que esta es consecuencia del principio de legalidad en las legislaciones de orden criminal y sólo cuando este principio perdiera vigor prevalecería la antijuridicidad material.

El delito como una conducta injusta, culpable, contraria al derecho, esta desaprobación jurídica es doble, en primer lugar tenemos que la conducta es formalmente contraria a derecho por ser una trasgresión de una norma establecida por el estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico, en segundo tenemos que la conducta es materialmente antijurídica por ser contraria a la sociedad y al derecho como ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad protegidos por las normas jurídicas, así la antijuridicidad es una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado.

Para que una conducta típica pueda considerarse delictiva es necesario que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad.

Para calificar una conducta como antijurídica es preciso comprobar que es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser lícita o ilícita, la antijuridicidad tiende a la conducta huma

na de una tonalidad especial y es sin excepciones presupuesto general de la punibilidad dicho matiz surge del juicio que sobre la conducta se formula, o como dice Mezger "...un juicio en el que afirma su contradicción con las normas del derecho..." (189) .

Si la acción cometida encuadra en algún tipo de delito descrito en el texto legal, hay probabilidades que sea penalmente antijurídica, ya que se puede dar una causa de justificación, como lo hemos venido mencionando, cuando la ley declara punible un hecho solo establece una presunción de la antijuridicidad contra la que puede existir prueba en contrario, de la concurrencia de una causa de justificación de acuerdo a nuestro Código Penal una conducta será antijurídica cuando se halle prevista y penada por la ley cuando sea típica y no concurren causas de justificación, esto es que ninguna conducta podrá ser penada por antijurídica que sea mientras no encaje en alguna de las figuras del delito descritas por el legislador, este crea disposiciones castigando con una pena o sanción según el tipo de conducta que implica una declaración genérica de su antijuridicidad la cual sólo puede ser excluida en particular por circunstancias de excepción enunciadas por el legislador o extraídas del conflicto concreto.

Villalobos acepta la existencia de la antijuridicidad formal y material sosteniendo que van unidas constituyendo una la formal y la otra el contenido de una misma cosa. La antijuridicidad material

consiste en "...la lesión o puesta en peligro, de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales..."(190) Para los objetivistas la antijuridicidad no esta en el hombre sino en la razón por la cual el mandato se emite porque las conductas prohibidas o mandadas son perjudiciales para el orden jurídico, lo que perjudica o beneficia a una sociedad, es la conducta y la culpa por que solo sirve para hacerlo responsable, entonces la contrariedad de la conducta al derecho debe buscarse con independencia a la culpabilidad del autor y así los diferentes autores exponen sus diferentes conceptos como Cuello Calón que dice "...la antijuridicidad-presupone un juicio de carácter objetivo por recaer sobre la conducta ejecutada siendo la antijuridicidad objetiva por atender sólo a la conducta externa. La antijuridicidad es- un juicio valorativo de naturaleza objetiva que recae sobre la conducta típica en contraste con el derecho por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el estado..."(191) Así una conducta es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. La antijuridicidad -- "...es una contradicción objetiva a los preceptos jurídicos como - una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración..."(192).

La ley no crea lo antijurídico sino simplemente lo delimita - además de ser un presupuesto y no la consecuencia de la prohibición. supone una contradicción a las normas jurídicas las que son ordenes

190.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 297

191.- Idem.

192.- Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 196

y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés.

Welsel y Jiménez de Asúa exponen que lo antijurídico es objetivo al ligar la conducta con el estado, siendo lo antijurídico el deber de no violar las normas. Mezger subraya la contradicción con las normas objetivas del derecho el objeto de la voluntad jurídica ordenadora.

De la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice, esta determinación tiene lugar en virtud de las normas de derecho que por ello aparecen como normas objetivas de valoración como juicio de determinados comportamientos, desde el punto de vista del derecho, el criterio objetivo, sirve para valorar la conducta en virtud de su contradicción con el orden jurídico, Bettiol estima a la antijuridicidad como "...una valoración hecha por el Juez, respecto al carácter lesivo del comportamiento humano, el juicio valorativo que lleva a afirmar la existencia de una acción ilícita es un juicio objetivo de comparación..."¹⁹³⁾ Ignacio Villalobos expone que es "...la violación de las normas objetivas de valoración, la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo..."⁽¹⁹⁴⁾ Para Mezger "...es la contradicción a la norma de cultura reconocida por el estado..."⁽¹⁹⁵⁾.

193.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 291

194.- Citado por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 205

195.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 177

Por lo que respecta a los subjetivistas lo antijurídico sólo puede encontrarse en el alma del agente ya que el derecho es un conjunto de imperativos dirigidos a los hombres los cuales son capaces de entender y también siendo estos los únicos que pueden oponerse mediante un acto de insubordinación o desobediencia, pero los incapaces mentales o los que por error o ignorancia no se dan cuenta del mandato jurídico no pueden incurrir en actos antijurídicos.

Para Ricardo Franco Guzmán "...es la infracción que lesiona o pone en peligro derechos tutelados de los bienes e intereses vitales y sociales de la vida o sociedad misma. Para Jiménez Huerta "...es lo que lesiona un bien tutelado y al mismo tiempo ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad..." (196).

Si la ley no determina una pena que sería ausencia de tipicidad entonces no hay conducta antijurídica ni tampoco delito aún cuando lesione los intereses sociales, tampoco existe antijuridicidad cuando hallándose en el hecho previsto por la ley como delito concurre alguna causa de justificación por lo tanto tenemos que en nuestro derecho penal, no toda conducta que la ley determina es antijurídica.

La antijuridicidad requiere de un juicio de razonamiento valorativo que debe ser hecho en orden al razonamiento y a la lógica analizando las probanzas que contengan la conducta a fin de determinar si la misma comprende los elementos del tipo lo que conlleva la

antijuridicidad por demostrarse la violación de los valores genericamente establecidos por la sociedad por ello en el caso concreto que analizamos la conducta realizada debe estar introducida en probanzas que cumplan exactamente los elementos objetivos, subjetivos y normativos que contiene el tipo penal que describe el delito de violación impropia o equiparada a la violación pues de esta manera se podrá verificar que la conducta es materialmente antijurídica por violar el bien jurídicamente tutelado consistente en la seguridad sexual a la vez que es formalmente contraria a derecho por - trasgredir la norma que establece el estado y que tiene una prohibición.

De acuerdo con la conducta que contempla el delito de violación impropia o equiparada a la violación esta no puede ubicarse - en ninguna causa de justificación pues como se puede notar al señalar el tipo "...se equipara a la violación y se sancionara con las mismas penas, la cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no este en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa..."

En el elemento objetivo introduce dolo, obligando al sujeto - activo a una amplia conciencia de la conducta que realiza.

2.5 CULPABILIDAD Y SUS PRESUPUESTOS

A fin de poder analizar la culpabilidad como uno de los elementos del delito, se hace necesario el estudio de su presupuesto previo la imputabilidad, que justificara la culpabilidad permitiéndonos especificar el o los elementos de esta que puedan comprobarse

de acuerdo con la conducta típica y antijurídica, para así poder culminar con la responsabilidad penal, presupuesto posterior de la culpabilidad.

2.5.1 IMPUTABILIDAD

La idea de considerar a la imputabilidad como un presupuesto del delito se fundamenta en la circunstancia de estimarla como un atributo del sujeto, siendo un dato psicológico substancial que el Juez debe determinar para formular un juicio de reproche al autor del HECHO lesivo por ser un atributo o capacidad del autor en el momento mismo en que la conducta se verifique, esta capacidad es la de dirigir sus actos dentro del orden jurídico.

Jiménez de Asúa le dá el carácter de elemento integral, Vela Treviño la considera como "...la capacidad de entendimiento respecto a la calidad de la conducta en razón del suficiente desarrollo intelectual (tener la edad requerida por la ley) y la salud mental que permita una correcta valoración de lo antijurídico y de lo jurídico y que se haya tenido en el momento de la producción del resultado típico..." (197) también se le ha considerado como un presupuesto general del delito; como elemento integral, como presupuesto de la culpabilidad, siendo el delito una conducta surgida del hombre y no pudiendo tener realidad sin preexistencia de un sujeto imputable.

Es la capacidad condicionaria por la madurez y salud mental de

comprender el carácter antijurídico de la propia acción y omisión, esta capacidad a la que hemos hecho mención es la condición o situación en que debe hallarse el agente al momento del acto u omisión - tal capacidad lo es de culpabilidad y autoriza al derecho para hacerle el reproche, es un concepto técnico, cuya elaboración se apoya psicológicamente y psíquicamente en datos verticales que se refieren a los factores existenciales internos condicionantes de la capacidad del agente de comprender y determinarse, es un estado o condición del sujeto es "...capacidad penal para responder, aptitud para ser atribuida a una persona una acción u omisión que constituye el delito o falta..."(198) .

La imputabilidad apunta a causa psíquica, a la capacidad para responder un sujeto dadas sus facultades de ser plenas y normales - sobre todo en el momento delictivo, significa aptitud que posee la mayoría de los sujetos.

La Escuela Clásica encuentra su fundamento en el libre albedrfo cuando pudiendo elegir sin restricciones entre el bien y el mal opta por el último.

La Escuela Positiva, se apoya en la peligrosidad o temibilidad del sujeto para la primera es justo castigar a quien mal procede y para la segunda es necesario precaverse de quien pretende hacer un mal uso aún antes de consumarlo o intentarlo, nosotros nos inclinamos por la segunda, ya que para prevenir un delito, es necesario -

que esta clase de conductas estén establecidas en un Código Penal, entonces el imputable es el sujeto que es mayor de edad que goza de lucidez mental, que no esta embriagado, no es sordomudo con instrucción y obra con conciencia, voluntad y sin ser impulsado por el mido. Tal afirmación nos lleva a clasificar a la imputabilidad en física y moral, cuando se ejecutó la conducta con voluntad inteligente; la legal cuando se encuentra que la conducta está prohibida por la ley del estado. Se dice que un hombre es imputable cuando "...tiene la capacidad para responder ante el poder social de un hecho determinado. La imputabilidad presupone la existencia de un mínimo de condiciones psíquicas ya que podría definirse como la capacidad para responder ante el poder social..." (199) .

La imputabilidad y la imputación son conceptos esenciales e - indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad que presupone un juicio de imputabilidad. Imputar para Carrara equivale a poner alto a cargo de alguien, imputación es "...un juicio de una conducta ya sucedida..." (200) .

Como ya hemos repetido es la capacidad de entender y de querer Castellanos Tena expresa: para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de determinarse es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, es la capacidad de obrar en el Derecho Penal. Para - Mayer es "...la posibilidad condicionada por la salud mental y madurez espiritual del autor de valorar correctamente los deberes y de

199.- De P. Moreno, Antonio. Ob. cit., Pág. 33

200.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 364

obrar conforme a ese conocimiento..." (201)

Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable la capacidad de entender y de querer a que nos hemos referido se da cuando el individuo conoce lo ilícito de su acto y quiere realizarlo.

Además es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental del autor en el momento del acto típico penal, imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias esto es, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable, la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias directas, inmediatas de la imputabilidad esto afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona. La imputabilidad "...es la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico haciendo posible su culpabilidad. Como presupuesto de ésta, también se reconoce que es una calidad del sujeto y no del acto, se le considera como la capacidad de conducirse socialmente o capacidad para sentir la coacción psicológica que el estado ejerce mediante la pena es- capacidad de obrar con discernimiento; voluntad y capacidad por tanto ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente..." (202) .

Por lo que respecta a su ubicación sistemática siendo aquella un dato psicológico sustancial que el Juez debe determinar para for

201.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 364
 202.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General Ed., Porrúa, México, 1971. Pág. 289

mular un juicio de reproche al autor del hecho lesivo, la imputabilidad sólo es posible cuando se refiere a un sujeto en particular y con relación a un hecho determinado por ser ésta un atributo de la persona como autora de la conducta que produce el resultado y que sólo es importante esta capacidad en el momento mismo en que se verifique.

La imputabilidad tiene carácter de presupuesto de la culpabilidad, es siempre una capacidad del sujeto que consiste en "... el conocimiento de la significación del hecho en el mundo normativo; capacidad de dirigir sus actos dentro del orden jurídico y por ello condición que hace posible la culpabilidad penal..."(203) en estas condiciones es calidad de la persona. Vela Treviño la define como "...capacidad del sujeto, capacidad de entendimiento respecto a la calidad de la conducta en razón del suficiente desarrollo de las facultades intelectivas tener la edad requerida legalmente y la salud mental que permita una correcta valoración de lo antijurídico y de lo jurídico. También se supone- las condiciones mínimas necesarias para determinar en el hombre la posibilidad de que le sea atribuída una conducta punible. Estas condiciones mínimas a que nos referimos son la existencia social, honestidad y dignidad humana que el sujeto sea capaz en el momento de realizar la conducta de acuerdo con su desarrollo moral o intelectual que todo autor, al momento de realizar la conducta se encuentre en un estado de concien-

203.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. 3a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1983 Pág. 89

cia esto es su libre determinación de voluntad. Para Von Liszt la imputabilidad es- la capacidad de conducirse socialmente. La imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad sostenida por Jiménez de Asúa que expone- como presupuesto psicológico de la culpabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Enrique Curi la define como- capacidad general de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento..."(204) Para Alfonso Reyes es "...la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autoregularse de acuerdo con esa comprensión. Nosotros estamos de acuerdo con el criterio sostenido por Jiménez de Asúa al exponer que la imputabilidad es presupuesto psicológico de la culpabilidad, ya que para que exista ésta es necesario que el agente sea imputable en el momento de la realización de la conducta delictuosa, esto es que tenga la capacidad jurídica necesaria para responder por sus propios actos. En términos generales podemos decir que la imputabilidad- es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión..."(205) .

Imputable en Derecho Penal es aquel que por sus condiciones - psíquicas es sujeto de voluntariedades, la voluntad se entiende como la libertad de elegir de obrar que es lo que se llama concurso de la voluntad, la base de la imputabilidad es el conocimiento y -

204.- Citados por Pavón Vasconcelos Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. Ob. cit., Pág. 91

205.- Idem. Pág. 70 y 95

la previsibilidad de la conducta determinada con fines antisociales es imputable todo aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente todo el que sea apto, idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

La imputabilidad se funda en el concurso de la inteligencia y la libertad humana, en consecuencia en donde faltan el libre albedrío o libertad de acción, no cabe la aplicación de pena alguna - porque la conducta debe permanecer en una persona con alma propia y no parásita. Para la defensa social son imputables todos los que cometen conductas punibles prescindiendo del problema de que si obraron libre o extemporáneamente, la imputabilidad se deriva de la existencia de la sociedad porque el sujeto es causa misma de la infracción. El hombre es plenamente imputable porque lo es socialmente como consecuencia de vivir en sociedad.

2.5.2 INIMPUTABILIDAD

Las Acciones Libres en su Causa, se refieren a la causación de un hecho ejecutado bajo el influjo de un transtorno mental transitorio pero originado en un comportamiento anterior dominado por la voluntad creciente y espontáneamente manifestada, esto es, se da en un acontecer ilícito determinado en un comportamiento precedente plenamente voluntario. Mario Dondina lo define como "...todo hecho contrario al derecho producido mediante comisión u omisión -

en estado de alteración físico- psíquico transitorio derivada de un anterior comportamiento voluntario pre-ordenado o no del agente..."(206) estas acciones libres se obligan en la exigencia de la imputabilidad referida al momento mismo de la realización de la conducta, pues en aquellas del agente al ejecutarlo no era imputable pero ha sido no obstante al poner su causa decisiva.

Díaz Palos precisa que "...se trata de hechos libremente queridos pero verificativos mientras el autor se encuentra en estado de imputabilidad..."(207) .

Garrancá razona que así como se puede utilizar a los locos o a los ebrios como instrumentos porque en ellos la facultad de determinarse aunque irregular no es posible, de igual manera podemos utilizar a nosotros mismos en estado de perturbación mental o de embriaguez, para la ejecución de planes pre-concebidos, no ofreciendo dificultad la apreciación jurídica de la imputabilidad si en tales situaciones se dan, en relación la Causal y la Culpabilidad pues se estaba plenamente conciente cuando se puso la causa del resultado producido. Por ello no es exacto que el mero propósito no es punible ni aún como tentativa y que sea absurdo que en un estado de inimputabilidad se pueda originar un delito. Von Liszt se apoya en la consideración que lo importante en la imputabilidad es "...el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad..."(208). Dado que el resultado se encuentra vinculado con ella, resultando est

206.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. Ob. cit., Pág. 75

207.- Idem. Pág. 76

208.- Ibídem. Pág. 78

indiferente la existencia de un estado mental anormal cuando se produce dicho evento, estas causas se presentan cuando se produce un resultado contrario a derecho por un acto u omisión en estado de inimputabilidad.

Los incapaces son los menores de edad, los locos y delincuentes habituales, la pena para Manzini esta hecha para los hombres normales, imputables, que se entienden como la facultad de conocer el deber, para Mayer es "...la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según el justo cumplimiento del deber existente que es la capacidad de comprensión..." (209) .

El objeto de la imputabilidad es siempre una conducta típica y antijurídica y aquella no comienza hasta que estan comprobadas la tipicidad y la antijuridicidad, como supuesto de la culpabilidad es la imputabilidad del autor. Existen tres criterios en los que se fundamenta la imputabilidad que son: 1) El Biológico, el cual se refiere a una determinada edad que sería ser mayor de 18 años. 2) El Psiquiátrico, que es cuando no existe trastorno mental ya sea transitorio o permanente. 3) El Psicológico, que se refiere cuando el sujeto es capaz de entendimiento y de auto determinarse esto se refiere a su inteligencia ya sea para actuar o comprender. La imputabilidad es "...la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico haciendo posible su culpabilidad..." (210) .

209.- Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., Pág. 333 y 334

210.- Villalobos, Ignacio. Ob. cit., Pág. 287

Se puede dar la imputabilidad sin culpabilidad pero no puede haber esta sin aquella la imputabilidad es calidad del sujeto y no del acto pero al ejecutar este acto antijurídico es lo que constituye la culpabilidad.

Con respecto a la imputabilidad disminuida tenemos que son los llamados periodos intermedios entre la razón y la locura, entre la conciencia y la inconciencia entre la minoría y la mayoría de capacidad mental por la edad, es el paso de la salud mental a la locura. Se verifica por grados sucesivos apenas sensibles esta dificultad se presenta cuando se trata del tratamiento del desarrollo mental incompleto a la plena capacidad; para tales sujetos existen las medidas de seguridad a fin de imposibilitar sus actos antisociales.

Los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquier otra enfermedad o anomalía mental y que hallan ejecutado conductas o incurrido en omisiones definidos como delitos serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos a un régimen de trabajo.

El Artículo 68 del Código Penal establece "...las personas - inimputables podrán ser entregadas por autoridad judicial o ejecutora a quien legalmente corresponda hacerse cargo de ellos siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las autoridades mencionadas el cumplimiento de las obligaciones - contraídas, la autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación de la medida de seguridad en forma provisional o definitiva considerando las necesidades del tratamiento..." la imputabilidad

disminuída esta entre la capacidad regular de un hombre para conducirse como tal y la incapacidad absoluta por carencia o perturbación total de alguno o de todas las facultades esenciales que pueden ser congénitos o adquiridos, entonces si aquella se haya disminuída, la culpabilidad y la responsabilidad tienen que ser menores y por lo tanto la penalidad debe ser atenuada, pero lo que jurídicamente sucede es que la pena se substituye por medida de seguridad.

2.5.3 CULPABILIDAD

Hemos venido insistiendo que el delito es la conducta típica antijurídica y culpable por ello, debemos analizar la culpabilidad como elemento constitutivo del delito.

Al respecto se establece que la culpabilidad "...es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal del autor por la conducta punible que ha cometido..."(211) es "...el conjunto de los presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica..."(212) Por lo tanto dichos presupuestos muestran a la conducta como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor, pero no toda conducta antijurídica de una persona esta sancionada con una pena, para esto es necesario que dicha conducta sea personalmente imputable debiendo llegar ésta a la responsabilidad jurídica penal.

211.- Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General: Cárdenas Editor; México, 1985. Pág. 189

212.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 353

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica sino además culpable, para Cuello Calón es "...el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley..."(213) El reproche a que hace mención recaé sobre la relación de causalidad psíquico existente entre el agente y el hecho en cuestión.

Para Celestino Porte Petit "...es el nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado del acto. Para Jiménez de Asúa es el conjunto de los presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Para Ignacio Villalobos es el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que atienden a constituirlo y conservarlo..."(214) Para Maurach "...es el reproche al autor por abuso de su imputabilidad en relación a un hecho punible determinado..."(215) .

La opinión general es que el reproche que alcanza el autor por la relación existente entre el acto cometido y que justifica la aplicación del mal de la pena.

El juicio de culpabilidad acerca de la conducta del autor se basa en un juicio valorativo en donde la culpabilidad de una persona no está situada en su propia cabeza, sino en la cabeza de aquellos que juzgan al autor, otro criterio es aquel que la culpabilidad es "exclusivamente una determinación de la voluntad contraria-

213.- Citado por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 239

214.- Idem. Págs. 239 y 240

215.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 354

al deber" con fundamento en el principio "no hay pena sin culpa" la culpabilidad en el sentido jurídico penal existe con arreglo a todas las circunstancias internas y externas de cada caso, se puede conectar al juicio acerca del hecho antijurídico el reproche que se hubiere podido actuar de otra manera en tales circunstancias esta situación se mantiene firme para la culpabilidad como para el autor de la conducta.

En la culpabilidad además de existir una relación de causalidad psicológica entre el agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de este motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho prohibido ha quebrantado su deber de obedecer la ley, hay una reprobación de la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su deber.

Las características legales de la culpabilidad son:

- 1.- La imputabilidad.- el autor debe poseer una constitución mental normal.
- 2.- Una determinada forma de culpabilidad que puede ser:
 - a) Forma Legal básica que se denomina como dolo.
 - b) Forma más leve denominada culpa.
 - c) La unión especial de estas dos.
- 3.- La ausencia de causas especiales de exclusión, este punto es fundamental para la concepción de la culpabilidad.
- 4.- Concepto unitario de la culpabilidad jurídico penal se encuentra en la reprochabilidad, esta teoría se ocupa de las medidas de la culpabilidad deduciéndose los grados de la misma.

En cuanto al concepto de culpabilidad tenemos dos teorías dis-

tintas que son:

a) Teoría psicológica que trata de la relación subjetiva entre el hecho y el autor, Antolisei la declara como el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior, para Carlos Fontán Balestra "...es la relación psicológica del autor con su hecho; su posición psicológica frente a él. Soler afirma- cuando el sujeto capaz obra no obstante la valoración que él mismo esta obligado a reconocer como subdito del orden jurídico y la vinculación objetiva del propio sujeto con su hecho. Para esta teoría la culpabilidad es "...la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa. Ignacio Villalobos sostiene que- es el quebrantamiento subjetivo de la norma, esto es el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo..." (216) .

De esta teoría lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho lo cual implica un carácter fundamentalmente psicológico, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor, la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado de lo cual se desprenden dos elementos, uno volitivo o emocional y otro intelectual, el volitivo indica la suma de dos que reres: de la conducta y el resultado y el intelectual el conocimien to de la antijuridicidad de la conducta.

Luis Fernández Doblado considera a la culpabilidad "...como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho pu-
216.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Pág. 356

nible..." (217) .

Al destacar esta teoría la relación subjetiva entre el autor y el hecho lógicamente se establece un psicologismo esencial a la culpabilidad.

b) Teoría Normativa.- Jiménez de Asúa declara que se trata de una valoración jurídico penal y no ética, partiendo de un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos para encajar la conducta del sujeto en la esfera del dolo o en la culpa una vez de terminados los motivos debe llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que acreditar si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor podría exigirse una conducta conforme con el derecho en definitiva, la culpabilidad radica en el reproche hecho al autor sobre su conducta anti-jurídica.

Para que alguien pueda ser castigado no basta que halla procedido en forma antijurídica y típica, sino que además es necesario que su acción pueda serle personalmente reprochada. Jiménez de Asúa esta a favor de esta teoría y advierte que la culpabilidad corresponde al efecto y contenido de representación añade y reconoce un contenido psicológico pero que este no constituye por sí la culpabilidad.

Para esta teoría el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, esto es una conducta culpable si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa le puede exigirse el orden normativo una conducta diferente a la realizada, su esencia consiste en

217.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 232

fundamentar a la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber, esta exigibilidad sólo obliga a los imputables, entonces la culpabilidad es considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. Para Reinhart Maurach con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochaba al autor el que no ha actuado conforme a derecho.

La culpabilidad para la concepción normativa no consiste en una pura relación psicológica pues sólo representa el punto de partida teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa, la culpabilidad en suma consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica ya que esta conducta es el punto de partida del reproche contra su autor.

Por culpabilidad se entiende las relaciones anímicas del autor con su conducta que llevan a que se haga reproche por ese hecho, así la reprochabilidad en consecuencia de la culpabilidad en otras palabras una conducta es reprochable en tanto que se produce culpablemente.

La diferencia que existe entre estas dos teorías es que para la psicología la culpabilidad radica en el hecho psíquico causal del resultado, en la normativa es el juicio de reproche a una motivación del sujeto. El Código Penal acepta la teoría psicológica que se encuentra en el Artículo 8º que a la letra dice: "...los delitos pue

den ser:

I.- Intencionales.

II.- No intencionales o de imprudencia.

III.- Preterintencionales..."

Por otra parte tanto los psicólogos como normativistas coinciden en que el delito ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que la ley tutela.

En cuanto al contenido de la culpabilidad tenemos que Jiménez de Asúa los divide en:

a) El acto de voluntad que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

b) A sus elementos refiriéndose a los motivos del autor y las referencias de la conducta o la total personalidad del autor, este acto debe ser adecuado a la personalidad de lo que causa.

En cuanto a los elementos de la culpabilidad de acuerdo a la teoría normativa tenemos los siguientes:

I) La imputabilidad.- que funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal.

II) Las formas de la culpabilidad que son el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad conciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa es el dolo o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el estado para la vida gregoria que es la culpa también se habla de la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, si el resultado

delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

El comportamiento del sujeto se traduce en el desprecio del orden jurídico para la existencia del dolo se precisa que la voluntad, conciente se dirija al evento o conducta típica ya sea directa o indirecta, el delito se comete mediante dolo o culpa, en el dolo el resultado puede ir más allá del propuesto por el sujeto.

III) Las ausencias de causa de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

El contenido de la culpabilidad Mezger lo determina al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la conducta a la total personalidad del autor, el acto de voluntad es la referencia psicológica inmediata del autor a la conducta injusta y los motivos del autor por ser fundamental en las causas de exclusión de la culpabilidad, la conducta debe ser adecuada a la personalidad de quien la cause.

Pasaremos a hacer un análisis más completo por lo que respecta al dolo por ser una de las formas de la culpabilidad que nos interesa por adecuarse a nuestro delito en estudio que es el artículo 286 del Código Penal descartando la posibilidad que pudiera aceptarse la culpa o la preterintencionalidad en el delito de violación impropia ya que no existe negligencia, ni imprudencia por parte del autor ya que no puede obtenerse un resultado distinto al deseado.

En cuanto a su sentido etimológico el término dolo deriva del griego y significa engaño pero originalmente significa artificio o fraude.

Jiménez de Asúa lo identifica como la intención o como la mala intención. Para Cuello Calón es "...la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso. El dolo según Cuello Calón es- la voluntad conciente dirigida a la ejecución de una conducta que es delictuosa. Jiménez de Asúa expone: es la producción de un resultado antijurídico con consecuencia de que se quebranta el deber con voluntad de realizar la conducta y con representación del resultado que se quiere. El dolo conciente- es el actuar conciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico..." (218) .

Y sus elementos son:

a) Etico.- constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.

b) Voluntario o Emocional.- Consiste en la voluntad de realizarse el acto.

El dolo pertenece al mundo de los valores que significa una valoración de circunstancias de hecho determinadas, la conducta dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias de hecho que elevan la pena no es necesario la previsión del resultado que eleva la pena en los llamados hechos punibles cualificados por el resultado, no obstante el autor debe haber ocasionado la consecuencia por lo menos culposamente en las circunstancias que elevan la pena es necesario el conocimiento y la previsión, la agravación de la pena puede ser general o especial.

El dolo es "...la comisión de la conducta con conocimiento y voluntad..." (219) y consiste en las circunstancias de hecho determinadas.

Los elementos del dolo son:

a) Los intelectuales que reincidenten en la presentación de la conducta y en su significación.

b) Emocional o afectivo que consiste en la voluntad de ejecutar la conducta y en la conciencia de producir el resultado.

Para Castellanos Tena, el elemento intelectual estriba en la conciencia del quebrantamiento del deber en cambio el afectivo, radica en la voluntad de ejecutar la conducta, en la voluntad del hecho típico la voluntad en el dolo es querer también el resultado para que lo injusto de la conducta pueda serle reprochado al autor; su conducta y su resultado deben quebrantar el deber impuesto por el orden jurídico. Para Hans Heinrich Jeck Eck, el dolo es "...conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal..." (220) .

Pero en caso de estar ausente el conocimiento de la circunstancias que pertenecen al tipo el dolo se excluye. Existen tres teorías para explicar la existencia del dolo.

1) Teoría de la voluntad.- promulgado por Carrara entre otros y lo define como "...la voluntad más o menos perfecta de ejecutar una conducta que se sabe es contraria a la ley..." (221) .

219.- Mezger, Edmundo. Ob. cit., Pág. 226

220.- Citado por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 268

221.- Idem. Pág. 255

Para esta doctrina el dolo consiste no en la voluntad de violar la ley sino en realizar la conducta que la infringe, esto es el resultado del delito típico.

2) Teoría de la representación.- expuesta entre otros por Frans Von Liszt, la define como "...la representación del resultado que acompaña a la manifestación de la voluntad..." (222) .

El conocimiento que acompaña a la actividad voluntaria de las circunstancias tácticas pertenecientes al tipo legal del delito o que aumenten su penalidad, Jiménez de Asúa reconoce que esta teoría tiene el valor de demostrar que sólo lo presentado puede ser querido; Fontan Balestra aclara que esta teoría se propone dirigir su enfoque del problema a las circunstancias externas que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido o no querido, lo que ocurre es que supone querido lo representado.

3) Teoría conjunta de la Representación y la Voluntad.- el concepto del dolo no se puede constituir por separado estos elementos ya que el que actúa dolosamente no solo se representa el hecho y su significación, sino además se encamina su voluntad a la realización del resultado. Silvio Raniere expone que es indispensable para la existencia del dolo el elemento intelectual como volitivo. Para Antolisei el dolo existe cuando el sujeto realiza intencionalmente una conducta prevista en la ley como delito, Mezger señala: actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su conducta y ha admitido en su voluntad el resultado. Antolisei rechaza los criterios aislados de la voluntad y la repre-

sentación afirmando la existencia del dolo cuando el sujeto ha realizado intencionalmente un hecho positivo en la ley como delito.

Para Mezger consiste "...en la conciencia (conocimiento) y en la voluntad del agente de ocasionar con la propia acción u omisión el evento dañoso o peligroso considerado así en la ley penal..."(223)

Jiménez de Asúa resume todo lo anterior diciendo que el dolo "...para su construcción requiere de dos elementos esenciales: la representación tanto del hecho como de su significación (elemento intelectual) y la voluntad (elemento afectivo). Cuello Calón lo define como- la voluntad conciente dirigida a la ejecución de una conducta que la ley prevee como delito. Para Jiménez de Asúa el dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la conducta y con representación del resultado que se quiere o ratifica..."(224) .

Para Castellanos Tena, el dolo consiste en el actuar conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico antijurídico. Por lo que hace a las diferentes clases de dolo cada tratadista establece su propia clasificación como Porte Petit que lo clasifica de la siguiente manera:

- a) En cuanto a su nacimiento
 - dolo inicial o precedente
 - dolo subsiguiente

223.- Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 379
 224.- Citados por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 259

- b) En cuanto a su extinción
 - dolo determinado
 - dolo indeterminado

- c) En cuanto a las modalidades de la dirección
 - dolo directo
 - dolo eventual
 - dolo de consecuencia necesaria

- d) En cuanto a su intención
 - dolo genérico
 - dolo específico

- e) En cuanto a su duración
 - dolo de ímpetu
 - dolo simple
 - dolo de propósito

- f) En cuanto a su contenido
 - dolo de daño
 - dolo de peligro
 - dolo de daño con resultado de peligro
 - dolo de peligro con resultado de daño

- h) En razón de su realización
 - dolo posible
 - dolo real

Nosotros sólo atenderemos a las clases de mayor importancia que son:

- 1) Directo.- el resultado consiste en el propósito del agente.
- 2) Indirecto.- el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

3) Indeterminados.- es la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

4) Eventual.- se desea un resultado delictivo, previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

Las clases de dolo en el Derecho Mexicano se fundamentan en el artículo 8º del Código Penal al señalar que los delitos pueden ser intencionales.

También el artículo 9º del mismo ordenamiento expresa: "...obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley..."

Tenemos que así se describe el dolo el cual se integra en base a dos supuestos que son: a) conocimientos o circunstancias de la conducta típica. b) querer o aceptar el resultado prohibido por la ley.

2.5.4 RESPONSABILIDAD

Por lo que hace a la responsabilidad como segundo presupuesto de la culpabilidad tenemos que desde su significado literal la responsabilidad es "...obligación de compensar o reparar por sí o por otros un daño o culpa..."(225) la responsabilidad proviene de - "...responder que significa "prometer", "merecer", "pagar"..."(226) esta responsabilidad distingue cuatro sentidos que son: 1) Como debe ser un cargo. 2) Como causa de un acontecimiento. 3) Como mere

225.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo X. Ob. cit., 3232

226.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. Ob. cit., Pág. 44

cimiento. 4) Como capacidad mental, cuando se encuentra responsable de sus actos.

Practicamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que esta figura constituye un concepto jurídico fundamental, en cuanto a la dogmática jurídica, un individuo es responsable cuando de acuerdo al orden jurídico es susceptible de ser sancionado, en este sentido la responsabilidad presupone un deber o una obligación que es la conducta que de acuerdo a un orden jurídico se debe hacer u omitir, refiriéndose al sujeto obligado, la responsabilidad señala quien debe responder al cumplimiento o incumplimiento de tal obligación el responsable de un hecho o conducta ilícita es "...aquel individuo que debe sufrir las consecuencias de sanción que a la conducta ilícita se imputan..." (227) por regla general el autor de la conducta ilícita y el responsable son el mismo individuo aunque no siempre el responsable del hecho ilícito es su autor.

Existen dos formas de aplicar la responsabilidad y son 1) La responsabilidad por culpa, que se refiere a la aplicación de la sanción al individuo considerado responsable que supone culpable al autor de la conducta ilícita realizada y merecedora de la consecuencia o sanción que se aplica al responsable solo cuando el autor del hecho tuvo la intención de cometerlo o bien habiéndolo previsto no lo impidió.

A la responsabilidad objetiva, no le importa la culpa del autor, basta que la conducta ilícita se realice con o sin culpa del autor para que se apliquen las consecuencias de la sanción al indi-

viduo considerado responsable, esta responsabilidad objetiva se orienta también hacia la aplicación de medidas de seguridad sin haber delinquido solo por el peligro advertido en el sujeto o por el puesto de relieve a través de su género de vida o reacciones especiales.

La responsabilidad "...es el deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa..."(228) es la capacidad de aceptar las consecuencias de un acto conciente o voluntario. La responsabilidad es "...obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos..."(229).

Es responsable el delincuente normal a quien se ha conminado publicamente con una pena y a pesar de ello incurre en la infracción prohibida, al que no se le puede considerar como responsable de sus actos es al enajenado mental.

Se dice que quien ha ejecutado una conducta típica penal debe "responder" ante los tribunales. Responsable significa "...obligado a responder, capaz de responder, imputable, culpable, como autor, cómplice o encubridor..."(230) También el término responsabilidad se utiliza para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de una conducta típicamente antijurídica, así los fallos judiciales deben concluir con la declaración teniendo al acusado "penalmente responsable" del delito que motivo el proceso señalando la pena que debe sufrir.

- 228.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III.
Ob. cit., Pág. 191
229.- Villalobos, Ignacio. Ob. cit., Pág. 287
230.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III
Ob. cit., Pág. 203

La responsabilidad "...es el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado..."(231) Por otro lado se usa para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, así los fallos judiciales suelen concluir con esa declaración teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivo el proceso y señalan la pena respectiva. La responsabilidad es la relación entre el sujeto y el estado, este declara que el primero obró culposamente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta. "...es la obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de sus propios actos..."(232) .

En cambio un anormal mental no se le puede considerar como responsable de sus propios actos, en este caso se debe aplicar los recursos terapéuticos necesarios para restituir su plena capacidad y su calidad de sujeto activo de derecho.

Se dice que quien ha ejecutado un acto típico penal debe responder ante los tribunales, esto se debe entender como la sujeción a un proceso en el que se puede ser condenado o absuelto. El término responsabilidad se usa también para significar la situación jurídica en que se encuentra el autor de un acto típicamente antijurídico, si obró culpablemente los fallos judiciales declaran que el acusado es penalmente responsable del delito que motivo el proceso y señalando la pena que debe sufrir.

La responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el

231.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 219

232.- Villalobos, Ignacio. Ob. cit., Pág. 289

individuo imputable de dar cuenta a la sociedad de la conducta ejecutada de modo que mientras que la imputabilidad representa una posibilidad la responsabilidad representa una efectividad. Para Miguel S. Macedo "...sólo la persona física que es imputable puede ser responsable, sólo el tiene el deber jurídico de responder de su conducta ante el poder social. Para Mezger la respuesta se fundamenta en todas las condiciones del resultado que deben ser equivalentes, no solo en el aspecto causal sino también del jurídico, toda condición debe ser considerada como causal..." (233) .

Existen varias clases de responsabilidad que son: 1) La responsabilidad social.- La cual no supone el derecho de penar, sino su cambio de carácter y de fundamento, si el hombre es fatalmente determinado a cometer un delito la sociedad esta igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que la amenazan y lo que ésta castiga no será una acción moral sino un acto dañoso.

Para Gabriel Tarde la responsabilidad no esta ligada a la existencia del libre albedrío y sin embargo sigue siendo la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal como segunda clase, ésta se funda en la entidad personal del delincuente consigo mismo antes y después del delito. Franz Von Liszt sostuvo que la responsabilidad excluida del libre albedrío, no es más que la facultad de obrar normalmente la responsabilidad penal se halla en razón directa del número y esencia de los motivos concientes que decidie

ron el acto humano. Esta responsabilidad se concreta a la aplicación de una pena por acción u omisión dolosa o culposa del autor esta es estrictamente personal de interpretación restringida de - irretroactividad prohibida de voluntariedad presunta y de orden público. La responsabilidad penal es "...el deber jurídico de sufrir la pena que recaé sobre quien ha cometido un delito ésta es una acción u omisión típica antijurídica y culpable..." (234) .

Es responsable quien es capaz de responder de sus actos por haber alcanzado madurez mental y gozar de salud mental, esta responsabilidad sólo nace para quien ha cometido el delito, refiriéndonos a todas las clases de autores como el intelectual, material, - etc., además que a diferencia de otras clases de responsabilidad-jurídica no trasciende a otras personas tan es así que la muerte del delincuente extingue la acción penal y la pena impuesta.

Por su parte Franco Sodi sostiene que la responsabilidad penal es "...responder por el delito asentado que este último es antisocial porque produce daño público y privado debiendo el plenamente - responsable responder por ambos..." (235) esta clase de responsabilidad vincula al estado con el sujeto inculpado como consecuencia de la ejecución del acto típico.

Como tercera clase tenemos la responsabilidad criminal la enajena a un acto u omisión penado por la Ley y realizado por persona imputable, culpable y carente de excusa absolutoria, esto se tradu-

234.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. Ob. cit., Pág. 60

235.- Procedimiento Penal Mexicano. 4a. ed; Editorial Porrúa. México, 1957. Pág. 259

ce en la aplicación de una pena privativa de libertad en los delitos son responsables criminales: autores, cómplices y encubridores.

Hemos hecho mención de la presunta responsabilidad que es el indicio de la responsabilidad y sus diferentes clases.

La imputabilidad y la culpabilidad son parte integrante de la responsabilidad penal, así el Órgano Juriccional declara que el imputable obró culposamente y por lo mismo se hace acreedor a las sanciones señaladas por la ley.

El Código Penal en el artículo 13 establece "...las personas responsables de los delitos son:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que lo realicen por sí.
- III.- Los que lo realicen conjuntamente.
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI.- Los que intencionalmente presenten, ayuda o auxilien a otro para su comisión.
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuenta, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y;
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

En resumen la antijuridicidad, es una relación del hecho con el orden jurídico, la imputabilidad, es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad, es la relación del acto con el sujeto y el estado y se da en tres momentos:

- 1.- Cuando está obligado en forma general y abstracta de dar cuenta de sus propios actos y de sufrir las consecuencias.
- 2.- El que se refiere a la materia procesal que se deriva de la ejecución de un acto típico sometido a juicio.
- 3.- Le corresponde a la culpabilidad y como forma de actuación significa un lazo jurídico entre el que ha delinquirido y el Estado.

De acuerdo con la teoría analizada podemos concluir con relación al delito de violación impropia o equiparada a la violación que a fin de que pueda existir la culpabilidad debe operar el presupuesto anterior que denominamos imputabilidad, por el que se establece, que el sujeto debe denotar condiciones biológicas, psíquicas y psicológicas a fin de demostrar una capacidad jurídica, es decir: Ser mayor de 18 años y con el discernimiento necesario para querer y comprender la cópula que se ha realizado, pues sólo en estas condiciones se podrá fundamentar el juicio de reproche, que llevará a cabo el Juez, haciendo una relación de causalidad entre el agente y la acción, que llevará a vincular la cópula realizada en una de dos posibilidades: a) Con persona menor de 12 años. b))conducta típica y antijurídica) con la persona que la ha querido y entendido (imputabilidad y culpabilidad) pudiéndose por este juicio valorativo determinar que la conducta es atribuible a un sujeto determinado. - quien obro en forma dolosa, ya que el tipo en su elemento objetivo, determina un dolo directo que en su realización puede implicar dolo: indirecto o eventual, cuando se preveen otros resultados ilícitos y es por esto que el agente estará obligado a sufrir las consecuencias jurídicas propias del acto a fin de resarcir el daño causado a la

sociedad declarándose en base a lo anterior la responsabilidad penal de un sujeto determinado.

CAPITULO TERCERO

PUNIBILIDAD

3.1 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

3.2 INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

3. PUNIBILIDAD

La punibilidad es la consecuencia del delito, ya que una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable y no ser penada porque es preciso que su ejecución se halle conminada con una pena.

Por punibilidad se entiende "...la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia en el orden social..." (236) .

El hecho típico, antijurídico y culpable, debe tener como complemento la amenaza de una pena, debe ser punible y sancionado con una pena al comportamiento delictuoso. De acuerdo al artículo 7º del Código Penal la noción de punibilidad consiste en "...el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta- tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. Es la imposición concreta de la pena ha quien a sido declarado culpable en la comisión de un delito, esto es- punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada..." (237) . La punibilidad es: a) merecimiento de penas. b) amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales. c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Francisco Pavón Vasconcelos da el siguiente concepto "...la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la perma-

236.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. cit., Pág. 421

237.- Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 267

nencia del orden social..."(238) . Cuello Calón conceptúa que el delito es una acción punible y que ésta punibilidad es uno de los caracteres más destacados y señala además que para que una acción se considere delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad debe reunir el de punibilidad al que cataloga como la mayoría de los autores mencionados, de mayor relieve penal ya que una conducta al no ser delictuosa podría constituir una infracción de carácter civil o administrativa y por lo contrario, para ser un hecho delictivo, se necesita que su ejecución se halle conminada por la ley con una pena. Beling la considera como consecuencia y no como requisito a esta posición se adhiere Castellanos Tena. Ignacio Villalobos la considera como elemento integrante del delito; Carranca y Trujillo estima que no es elemento esencial del delito, para Jiménez de Asúa es carácter del delito o elemento del mismo.

En nuestro derecho se señala que el acto u omisión para ser delictuoso debe ser sancionado por las leyes penales, lo que hace que, nuestra ley positiva al concepto de delito se integre con los elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como presupuestos de la punibilidad.

Nosotros estamos de acuerdo con los autores que la considera - como consecuencia del delito ya que su fundamento legal lo encontramos en el artículo 7º del Código Penal que a la letra dice "...delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..." por ello la Conducta antijurídica contenida en el artículo 266 del Código Pe-

nal, que por realizarse se convierte en típica y culpable, le es asignada la pena contenida en el artículo 265 del ordenamiento en cita, que señala de seis a ocho años de prisión si el sujeto pasivo es púber; mientras que cuando el sujeto pasivo es impúber la pena aplicable será de seis a diez años de prisión.

3.1 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Por lo que hace a estas condiciones se constituyen por la exigencia de la ley para que concurran determinadas circunstancias ajenas o externas al delito e independientes a la voluntad del agente, requisitos para que el hecho sea punible, para que la pena tenga aplicación. Franz Von Liszt define al delito como "...el ataque a los intereses jurídicamente protegidos, especialmente peligrosos a juicio del legislador para el orden jurídico existente..." (239) .

Generalmente para que un hecho constituya un delito basta que - en ciertos casos la ley no se conform con la concurrencia de estos elementos básicos de punibilidad, sino que exige además como requisito para que sea punible "...la concurrencia de determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito, independientemente de la voluntad del agente..." (240) la ley exige en todos los casos para que exista punibilidad de la conducta, un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones fija otras condiciones objetivas como ya hemos hecho mención, estas condiciones ob

239.- Citado por Márquez Piñero, Rafael. Ob. cit., Pág. 250

240.- Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit., Pág. 616

jetivas no son elementos esenciales del delito, constituyen meros requisitos procedimentales.

Guillermo Colín Sánchez expresa "...quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del derecho penal y los que aluden a cuestiones prejudiciales en focan el problema desde el punto de vista procesal..."(241) estas condiciones son un requisito, una característica, un dato que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito ya que en contados casos se presentan tales condiciones que son - "...una especie de "anexos" del tipo y por ello no pertenecen a las circunstancias del hecho..."(242) la acción dolosa exige el conocimiento y la previsión de las circunstancias del hecho que elevan la pena en los llamados hechos punibles cualificados por el resultado ; no obstante el autor debe haber ocasionado la consecuencia por lo menos culposamente.

Para Beling son "...ciertas circunstancias exigidas por la ley para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen carácter de culpabilidad, en la que los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las "sextas condiciones de punibilidad..."(243). Las circunstancias constituidas de una condición de punibilidad se diferencian de los elementos del tipo del delito en que aquellos no son circunstancias que pertenezcan al tipo, por lo que no se requiere que sean abarcados por el dolo del agente sino que basta que se -

241.- Citado por Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit., Pág. 271

242.- Mezger, Edmundo. Ob. cit., Pág. 241

243.- Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., Pág. 417

den en el mundo externo objetivo por lo que se les suele denominar condiciones objetivas o intrínsecas.

Liszt las considera como "...las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero cuya esencia se condiciona a la aplicación de la sanción..."(244) Beling mantiene el criterio de que las condiciones son indispensables y diversas a los elementos del tipo del delito, pero posteriormente Zimmerl afirma que son todos los requisitos del crimen como son la tipicidad, anti-juridicidad y culpabilidad. Nosotros estamos de acuerdo con Beling, ya que las condiciones objetivas de punibilidad son necesarias para imponer las penas independientemente de los elementos del tipo y los del delito.

Las genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales, son los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la iniciación o desarrollo válido de un procedimiento o en su caso, para que pueda pronunciarse la resolución de fondo.

Estos presupuestos son los elementos o instrumentos necesarios para la constitución y desenvolvimiento del procedimiento judicial - entre los presupuestos se distinguen la procedencia de la acción penal, la validez del proceso, de la sentencia o de una resolución favorable. Se entienden como "...la serie o sistemas de actos progresivos y ordenados realizados por las partes y el órgano jurisdiccional de acuerdo con la ley dirigidos a obtener la aplicación del derecho positivo al caso singular de que se trate..."(245) y Chiovenda los

244.- Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., Pág. 418

245.- Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba Editorial Bibliográfica Argentina año 1968. Tomo XXIII. Ob. cit., Pág. 60

define como "...las condiciones para que se consiga un pronunciamiento a cualquiera, favorable o desfavorable..."(246) .

Desde el punto de vista jurídico se establece su condición de - punibilidad que radica en el agravio o injuria que la conducta causa en algunos delitos es condición de procedibilidad la querrela del - ofendido o de sus representantes legales. Tenemos que los requisitos de procedibilidad son la denuncia o querrela también conocida como - acusación, así tenemos que la denuncia es "...la relación de actos que se suponen delictuosos hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos..."(247) .

De este concepto se desprenden tres elementos que son: a) relación de actos que se estiman delictuosos.- que consiste en exponer - lo que ha sucedido y se hace en forma oral o escrita. b) hecha ante el órgano investigador.- que es el representante social el que se entera del quebrantamiento sufrido por la comisión del delito, que es el Ministerio Público, pero en caso de urgencia se puede presentar - ante cualquier funcionario o agente de la policía y ésta dará conocimiento al Ministerio Público. c) hecha por cualquier persona.- esto es incluyendo a las autoridades también de acuerdo al artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales, además de no importar la calidad de la persona, ya que puede ser: el sujeto pasivo del delito o cualquier otra que tenga interés en que se persiga el delito en terminos generales podemos decir que no existe obligación legal - para presentarla, será obligatoria en los casos siguientes: cuando

246.- Citado por Enciclopedia Jurídica. Ob. cit., Pág. 60

247.- Rivera Silva, Manuel. Procedimiento Penal. 15ª ed; Editorial Porrúa; México, 1985. Pág. 98

se va a cometer un delito, cuando se esta cometiendo y cuando es requerido por las autoridades.

Los efectos de la denuncia en términos generales son: "...obligar al órgano investigador a que inicie su labor..."(248) la denuncia se da en los delitos que se persiguen de oficio.

Por lo que hace a la querrela es "...la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto que se persiga al autor del delito..."(249) desprendiendo tres elementos que son: a) una relación de los actos delictuosos, b) que esta relación sea hecha por la parte ofendida como indispensable requisito y c) que se manifieste en la queja el deseo que se persiga al autor del delito. En esta se pueden dar dos situaciones que son: cuando el ofendido es menor de edad, este directamente puede formular su querrela; cuando el menor es incapacitado pueden querrellarse los descendientes o los hermanos o los que representen legalmente al incapacitado, respecto a los mayores es obvio que la pueden formular los sujetos pasivos del delito. De acuerdo a nuestro delito que es la violación impropia el requisito de procedibilidad es la denuncia y, por ello la puede hacer valer cualquier persona.

3.2 INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

En todos los tiempos se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito recordando

248.- Rivera Silva, Manuel. Ob. cit., Pág. 105

249.- Idem. Pág. 112

la Ley del Tali3n que era ojo por ojo y diente por diente para hacer m3s posible la equivalencia entre el hecho y su castigo; posteriormente se tom3 en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y m3s tarde su temibilidad y peligrosidad social. Esta siempre a existido como ya hemos hecho menci3n desde el antiguo derecho Romano y el Germ3nico de la Escuela Cl3sica y en las modernas, entonces la pena debe estar en relaci3n con el delincuente aunque en ocasiones reconocidas situaciones personales privilegiadas que determinaban la imposici3n de una penalidad m3s leve; la Escuela Cl3sica estableci3 que todos deben ser iguales ante la ley penal, todos los que cometen los mismos delitos deben ser castigados con iguales penas "...es la adecuaci3n de la reacci3n punitiva en naturaleza y grado al sujeto acreedor de ella, realizada en funci3n de la importancia del delito y de la personalidad actuante..." (250) .

Reunido el delito y los dem3s requisitos que le siguen en orden al merecimiento de la sancion, que 3sta deber3 ser aplicada al hombre que es la causa de todo el procedimiento tal aplicaci3n ser3 en orden a la pena que merezca que son en diferentes grados. Ese merecimiento se determinar3 por la importancia valorativa del hecho cometido, pero sin dejar a un lado la personalidad actuante, 3sta la entendemos como "...al hombre dotado de sistema o sistemas internos de reacciones, por ajustarse o desajustarse al medio en que actua..." (251) esto es cuando un hombre que piensa, calcula, quiere y

250.- Argibay Molina, Jos3 F. Derecho Penal. Parte General: Vol. II, Editorial; EDIAR (S.A. Comercial, Industrial y Financiera) Buenos Aires, 1982. P3g. 277

251.- Idem.

actúa sobre una base temporal dada y excitada por elementos sociales externos, según sea su tipo o incidencia en la conducta del sujeto determinarán conjugados con los elementos del juicio que surge de la importancia material del hecho, la pena que a ese individuo le corresponde (artículo 52 del Código Penal).

El artículo 51 del mismo ordenamiento expresa "...dentro de los límites fijados por la ley, los sujetos y tribunales, aplicarán las sanciones establecidas para cada delito teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente..."

González de la Vega considera que este artículo consagra uno de los principios básicos de nuestra ley moderna: la Individualización Judicial de las Sanciones, obtenida por la potestad judicial en la selección de las penas aplicables a cada delincuente dentro del marco objetivo, prefijado por el legislador para cada clase de delito.

La individualización debe tener presente los siguientes momentos: El Legislativo, en donde el legislador al determinar la clase de pena no puede hacer obra de individualización, pero puede favorecerla o hacerla posible tomando en cuenta la culpabilidad del delincuente, la concurrencia de ciertos móviles que pueden revelar su personalidad y establecimiento para ciertos delitos, determinando varias clases de penas quedando esa imposición al arbitrio del Juez que al escoger la pena aplicable podrá tener presente las condiciones personales del penado, realizando así una labor individualizadora, la pena se individualiza atendiendo a la categoría social del delincuente, esta individualización no se contenta con medir la pena atendiendo sola

mente a la gravedad del delito, al daño causado, sino que se preocupa en proporcionarla a la culpabilidad teniendo en cuenta su elemento psíquico, se impone el deber de tomar en cuenta la personalidad del delincuente y esto produce en cierta medida la individualización de la penalidad que halla de imponerse.

El momento judicial: es el realizado por los juzgadores que determinarán si la ley permite la clase de pena y su duración para el cumplimiento de esta misión deberá poseer una especial preparación no solo jurídica sino también psicológica y sociológica que le permita conocer la personalidad de los delincuentes con el fin de favorecer la individualización penal recibiendo toda clase de informes relativos a la vida, así como sus antecedentes y en caso necesario recurrir a la ayuda de especialistas, como en el caso de los anormales mentales, actualmente se pide que antes del juicio se efectúe un examen del inculcado para conocer su personalidad y medio social con el fin de preveer sus probables reacciones al tratamiento penal.

Otro momento es el llamado administrativo o penitenciario realizado por los funcionarios encargados de ejecución de las penas de privación de libertad idóneas para la actuación individualizadora, observando al delincuente en reclusión. Saleilles analiza estos tres momentos, a los cuales les llama fases y son.

La Legal.- es la establecida de antemano por la ley en las diferentes especies o categorías de delitos, es más que una individualización, es presencia del delincuente de una selección típica de las penas antes de la comisión del delito, hay ocasiones en que el legislador estatuye una sola clase de penas para el delito, en otras se

señalan varias conjuntas como prisión y multa o penas alternativas a elección del Juez como prisión o multa, esto es en nuestro sistema, la ley no se conforma con proporcionar al Juez las bases para la verdadera individualización, su penalidad se condiciona por las agravantes y las atenuantes en las legislaciones que aún las conservan; dolo y culpa, dolo eventual y grados de participación, pero en nuestro Código Penal la ley exige la clase de pena según el delito de que se trate y da a cada uno márgenes que lo limitan en cada caso a determinadas circunstancias.

La Judicial.- esto se realiza por el Juez al determinar correctamente en la sentencia la pena imponible a cada delincuente, se consigue mediante el arbitrio judicial, consagrado en el artículo 51 del Código Penal, facultad para elegir pero dentro de los límites marcados por la ley, las sanciones; teniendo en cuenta las circunstancias de ejecución y las peculiaridades del delincuente artículo 52 del Código Penal. González de la Vega advierte que nuestro Código no se limita a establecer esta potestad en la elección, de la pena adecuada dentro del máximo y mínimo legalmente previsto, además de conceder - al Juez otros arbitrios como la facultad de sustituir sanciones contenidas en los artículos 70 al 76 del Código Penal tomando en cuenta lo dispuesto en la Fracción I, Incisos b y c del artículo 90 del Código Penal y el que otorga la condena condicional artículo 90 del mismo ordenamiento.

Es como se considera la verdadera individualización, para realizarla en vista del delincuente sometido a su jurisdicción y del hecho que se le incrimina, el Juez tiene la necesidad de una especial pre-

paración y del concurso de ciertos auxilios técnicos, sin los que le es imposible penetrar el secreto de la conducta humana que se le entrega. Las medidas para hacer posible la correcta individualización judicial, el Congreso Penitenciario de Londres propuso en 1925: poner a disposición de los jueces cierta variedad de penas y medidas de seguridad, especialización de los tribunales, preparación criminológica de los jueces: Sociología, Psiquiatría, etc., separación de los jueces penales y civiles, los jueces del porvenir ha escrito Jiménez de Asúa, serán antropólogos, psicólogos, psiquiatras y verdaderos médicos sociales.

La Administrativa.- esta resulta de la ejecución de la anterior, además González de la Vega la considera la más importante y la de mayor porvenir encomendada a los funcionarios ejecutores de las penas, la judicial solo es un diagnóstico, pero siendo necesario aplicar el remedio el cual varia según la persona a quien se aplique, en penología no lo aplica el que proporciona la pena sino el que la ejecuta - que es la administración penitenciaria, siendo necesario que la ley le deje suficiente iniciativa y elasticidad para que pueda individualizarse la pena, a las exigencias de cada una. Pone en relieve la necesidad de la preparación técnica por parte de los directores de la vida del penado a lo largo de su condena así como de los auxilios técnicos correspondientes facilitando la biología criminal anexos a la penitenciaria; en cuanto a las medidas de seguridad debe atenderse - solo a la personalidad del infractor, ella es la determinante de la naturaleza, duración y desarrollo de la medida, respecto a las sanciones la mayor posibilidad de su individualización corresponde a su

menor determinación previa legal. Respecto a las medidas de seguridad no hay problema para fijar las bases de su determinación ya que aquí se atiende sobre todo la personalidad del delincuente para adaptarle la medida de seguridad.

Para los anormales mentales, los alcoholizados y toxicomanos necesitados de tratamiento la clase de medida de seguridad será de tipo curativo, para los delincuentes habituales o incorregibles será de tipo asegurativo, predominando la estimación de la peligrosidad como consecuencia de la individualización, se da el arbitrio judicial, otorgándola los juzgadores para facilitar su función según las legislaciones modernas. El arbitrio judicial para la fijación de la pena fue establecida expresamente en nuestro derecho positivo así "...dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente..." (252) . Artículo 52 del Código Penal en la adecuación de las sanciones penales el Juez está obligado a tener en cuenta:

- 1.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido.
- 2.- La edad, la educación, la ilustración, la costumbre y la conducta precedentes del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas.
- 3.- Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones persona

les que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales. La calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo y lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad. El Juez deberá tomar conocimiento del sujeto de la víctima y de las circunstancias del hecho requeridas para cada caso.

Para los fines de este artículo, el Juez requerirá los exámenes tendientes a reconocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso la aplicación de las sanciones penales, el Código Penal de 1871, fijó penas con tres términos mínimo, medio y máximo correspondiendo a cada uno de ellos a las atenuantes y agravantes de responsabilidad debidamente catalogadas y valoradas aplicable en unidades cuyas sumas debía el Juez enfrentar unas a otras obteniendo el resultado de la medida matemática de la pena imponible en el proceso.

Según el mismo autor la única adicción lograda por el Código Penal de 1929 fué la facultad de cambiar de categoría las circunstancias atenuantes y agravantes no catalogadas previamente teniendo en cuenta la gravedad y la modalidad del hecho delictuoso los motivos determinantes y la categoría del delincuente y también permitió cambiar el grado de las circunstancias. El Código Penal vigente consagró la mayor amplitud del arbitrio judicial compatible con el artículo 14 Constitucional que ampara la garantía penal y de ese modo dió un paso hacia una amplia individualización judicial de las sanciones, este Código de 1931 adoptó el sistema de fijar sanciones de naturaleza precisa para cada delito pero en cuanto a su medida se li

mitó a fijarla por medio de su máximo y mínimo este sistema seguido en nuestro derecho, correspondiente al sistema general de fijación de las penas, sistema que se confía al Juez para la elección adecuada de la penalidad para los delinquentes, hace imprescindible una atinada selección de las designaciones judiciales y una competente especialización de los funcionarios penales, en ocasiones se establecen penas paralelas como las que establece el artículo 289, primera parte del Código Penal que habla de lesiones, esto es que se siguió el sistema de la determinación relativa legal de la pena.

En otras palabras la determinación de la cuantía o de la duración de la pena puede favorecerla el legislador fijando amplios espacios entre un máximo y un mínimo con el fin de que los juzgadores puedan adaptarlas a las condiciones personales del delincuente. Las reglas de aplicación del artículo 52 implican un escrupuloso manejo de todos los datos y circunstancias relacionados, requiriendo el estricto cumplimiento de sus dos últimos párrafos, con la finalidad de que el juzgador tenga conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de todos los demás elementos apropiados para la debida punición de cada caso sometidos a su consideración.

González de la Vega distingue la pena para los culpables y las medidas de seguridad para los incapaces de culpabilidad, por la medida de la pena que se determina exclusivamente por la peligrosidad del autor, el fundamento de la pena como de las medidas de seguridad, esta en la prevención y ambas están limitadas exclusivamente por consideraciones preventivas, Bacigalupo resume "...que la culpabilidad tendrá un papel en el futuro que no puede preverse actualmente de ma

nera clara, es preciso tener en cuenta los presupuestos teóricos de algunos, formulación del principio de proporcionalidad. En la individualización no podrán incluir la relación de la culpabilidad por el hecho, posteriormente aparece la llamada fórmula de la personalidad legislativa por la cual la decisión de la medida de la pena se hace depender de la gravedad del hecho y de la personalidad del autor sin consideración de la culpabilidad..."(253) tratándose de los delitos de imprudencia el Juez deberá considerar:

I.- La mayor o menor facilidad de preveer y evitar el daño que resulte.

II.- Si para esto bastara una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia.

III.- Si los acusados han delinquido anteriormente en circunstancias semejantes y,

IV.- Si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión o el cuidado necesario, artículo 60 del Código Penal.

A lo dicho se añade la facultad de los jueces para acordar la sustitución y la conmutación de sanciones la primera se hará a los Jueces y Tribunales al dictar sentencia definitiva artículo 70 del Código Penal.

El Juez además de usar su arbitrio al individualizar las sanciones debe tener competencia científica, la ley exige que el Juez lleve el requisito de especialización penal acreditada con certificados universitarios o con documentos, al conjunto de todos estos recursos

253.- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal, Parte General. Editorial Trillas S.A. de C.V., México, 1986. Pág. 249 y 250

la individualización judicial ofrece las mayores garantías del acierto compatible con nuestro sistema constitucional gracias al arbitrio judicial restringido que en nuestro derecho fué consagrado y cuyo concepto se resume "...es la capacidad judicial responsable para valorar la personalidad peligrosa del delincuente..." (254) la administrativa se posibilita por medio de la retención y la libertad preparatoria y así mismo la modificación a ésta en nuestro derecho se expresa "...cuando el reo acredite plenamente que no puede cumplir alguna de las circunstancias de la sanción que le fué impuesta por ser incompatible por su edad, sexo, salud o constitución física, la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social podrá modificar aquella siempre que la modificación no sea esencial..." (255) artículo 75 del Código Penal. Nuestro régimen Constitucional nos permite individualizar suficientemente la sanción o condición de que tribunales, establecimientos, carcelarios y organismos administrativos y con los auxilios técnicos indispensables.

En cuanto a las penas privativas de la libertad se ha intentado su duración indeterminada por el tiempo necesario para obtener la corrección del sentenciado, en nuestro derecho es inadmisibles la pena indeterminada con fundamento en la Constitución, sólo es dable alejador de las sanciones prolongar o disminuir la pena base fijada por el Juez dentro de los límites marcados dentro de la propia sentencia y de acuerdo con la ley. En reciente reforma se establece que toda -

254.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal, Parte General. Editorial Porrúa. Edición 10a. México 1986. Pág. 850

255.- Idem. Pág. 851

sanción privativa de libertad se redujera en un día por cada dos de trabajo y la libertad preparatoria procede cuando ha cumplido una parte de la condena.

La individualización o graduación que se manejan con sinónimos, hace a la medida en grado de la pena que se escoja: como el tiempo en la privativa de libertad, monto en la multa; extensión de incapacidad en la inhabilitación. La individualización consiste en "...investigar en cada caso, como un determinado hombre ha podido llegar a la comisión de un delito..." (256) .

Las bases para tomar en cuenta la personalidad del delincuente son:

- 1) La apreciación de la infracción realizada, que puede ser reveladora de la personalidad de su autor, por lo general un delito sexual como la violación impropia que hemos estudiado manifiestan generalmente una personalidad peligrosa.
- 2) Conocimiento y valoración de las condiciones biológicas, psíquicas y sociales del agente, es necesario tener en cuenta si se trata de un individuo sano mentalmente, loco o anormal mental o de un delincuente primario o de un criminal reincidente o habitual, de un delincuente por tendencia u ocasional, si es joven o adulto, etcétera. Los elementos de carácter personal deben ser estimados para la determinación de la pena o de la medida imponible.
- 3) Que la pena debe estar en relación con el delincuente y adaptarse a sus condiciones personales, siendo esta la individualización penal

256.- Cuello Calón, Eugenio. Moderna Penología, Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, Penas y Medidas de Seguridad. Editorial Bosch Barcelona, 1974. Pág. 30

la idea de ésta solo es aplicable a la pena como tratamiento encaminado a su reducción o como medio de protección social contra individuos inadaptables, la personalidad es "...el complemento conjunto de calidades biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales del sujeto originadas por factores hereditarios o por influencia del medio en el que vive..." (257) .

Para el cumplimiento de la individualización realizada por el Juez es necesario considerar: a) una especial preparación criminológica de los Jueces Penales, han de efectuarse valoraciones personales debiendo tener conocimiento de las ciencias de la personalidad, Psicólogos, Sociólogos y en caso necesario podrán recurrir a la ayuda de especialistas, b) que antes del juicio el Juez disponga de informes controlados sobre la personalidad biopsíquica y social del delincuente, esta exigencia presupone su examen biológico, psicológico y el conocimiento del medio social en que ha vivido. A esta investigación debería gran número de inculcados pues a veces el examen de un sujeto en apariencia imputable se puede descubrir a un enfermo o anormal mental y en determinados casos como en los delitos sexuales el examen debe ser más profundo. Algunos juristas belgas consideran que el examen del sujeto debe ser obligatorio, otros toman más en consideración la personalidad del sujeto, limitando su observación a los anormales, en cuanto al examen de la personalidad del sujeto ya declarado culpable, el Juez tomará en cuenta los informes que el examen le suministre, de terminando la pena o la medida aplicable, éstas no pueden ser aprecia

das solo en consideración a las condiciones personales del sujeto si no que debe ser escogida y dosificada teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del delito y la personalidad del delincuente. La fase más importante de la individualización es la penitenciaria que desarrolla durante el tratamiento a que es sometido el condenado su elemento básico es la observación y estudio del penado que permite conocer el tratamiento más conveniente para su readaptación social, como el sujeto reacciona al tratamiento y las posibilidades de su resocialización. La observación durante la fase penitenciaria como en la judicial consiste en un examen médico-psicológico y social, en casos especiales para los delincuentes sexuales esta observación a de ser continua y prolongada durante el tratamiento con empleo de nuevos medios que permitan conocer la evolución del sujeto; es competencia de la administración penitenciaria la aplicación del tratamiento prescrito, pero cuando se refiere a la determinación de la clase de pena o medida o al acortamiento o prolongación de su duración o a la imposición de nuevas privaciones o restricciones de la libertad, requiere la intervención de la autoridad judicial, los penólogos la conciben como una constante actuación sobre la persona del condenado que ha de ser incesantemente observado y estudiado, para hallar el tratamiento adecuado, se trata de una individualización continua que ha de ejecutarse a todas las específicas peculiaridades biológicas, psíquicas y sociales del sujeto mejorándolos en grado tal que sea posible su reincorporación social.

La individualización del tratamiento de los detenidos los técnicos penitenciarios deberán tomar en cuenta la personalidad del delin

cuenta en particular sus carencias físico-psíquicas que determinaron su comportamiento criminoso y esto presupone un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto. A tal propósito la ley establece - las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados prevee en relación a los procesados y a los condenados la observación científica de la personalidad, dirigida a la búsqueda de eventuales carencias físico-psíquicas o de otras causas de readaptación social.

El análisis previo nos lleva a concluir, que el legislador realiza la individualización de la pena aplicable al delito de violación impropia dentro del artículo 265 del Código Penal, fijándola en dos posturas distintas al tener en cuenta la situación física de la ofendida dentro de las posibilidades de púber o impúber y estableciendo, la pena más grave cuando la ofendida sea impúber, es de observar que las penas establecidas son privativas de libertad y se fijan dentro de un máximo y un mínimo a fin de que dentro de la individualización judicial se aplique la adecuada a cada caso.

La individualización judicial solo es procedente cuando se establece como requisito SINE QUANON la comprobación del cuerpo del delito que en el caso que nos ocupa es de violación equiparada y la plena responsabilidad del inculpado, al llevarla a cabo el Organó Jurisdiccional tomo en cuenta el contenido del artículo 265 del Código Penal y cumple con lo establecido por los artículos 51 y 52 del ordenamiento legal mencionado, de tal manera que al principio de su análisis se concreta a establecer la naturaleza jurídica del ilícito por el que se condena, las circunstancias del mismo, los medios empleados de ejecución, la extensión del daño causado y el peligro ocurrido por

el inculpaado además de tomar en cuenta la personalidad del sujeto y por ello hará constar la edad, estado civil y la ocupación del acusado, se apreciará si tiene dependencia económica, apodo y vicios tomándose en cuenta la diversión favorita del sujeto; de acuerdo a los medios probatorios se analizará y se concluirá si el acusado tenía vínculos de parentesco o de amistad o de otras relaciones sociales y si posee antecedentes penales.

El análisis anterior lleva a concluir en el juzgador el grado de peligrosidad del individuo que será el parámetro para la aplicación de la pena dentro del mínimo y máximo previsto en la ley.

Al aplicarse la pena principal que como dijimos es privativa de libertad, surge la necesidad del análisis que determinará la procedencia o improcedencia de la pena accesoria denominada reparación del daño para ello será menester contar con pruebas conducentes a fin de poder condenar, pues de lo contrario el Juez se verá precisado a absolver por la reparación de daño derivada del delito de violación impropia, es de observar que teniendo en cuenta la pena mínima señalada para el delito de violación impropia que en el caso es de seis años de prisión, el delito de violación impropia no concibe la posibilidad de sustitución por ello, el Organo Jurisdiccional a fin de determinar correctamente su individualización penal deberá amonestar al sentenciado, para que no incurra en reincidencia de conformidad en los artículos 42 del Código Penal y 577 del Código de Procedimientos Penales.

La individualización administrativa corresponde al poder ejecutivo por conducto de la Dirección General de Servicios Coordinados

de Prevención y de Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Gobernación, y a ella incumbe dentro del cumplimiento de la sentencia hacer valer las disposiciones de la Ley de Normas Mínimas.

CONCLUSIONES

1.- Siguiendo los lineamientos establecidos del artículo 14 Constitucional, retomados por el Código Penal en su artículo 7º para que una conducta pueda considerarse como delictuosa requiere de su previa descripción dentro de un cuerpo normativo, como sucede con la conducta prevista en el artículo 286 del Código Penal del Distrito Federal, creando el instrumento legal necesario de naturaleza descriptiva que individualiza la cópula con persona menor de 12 años o que por cualquier causa no pueda producirse voluntariamente respecto a las relaciones sexuales que se efectúen, constituyendo con ello a un precepto que no sólo describe una conducta sino que menciona la sanción aplicable para quien la realice.

Dentro de la descripción no se da el resultado y por ello lo consideramos un tipo de mera descripción de conducta que dentro de su constitución describe la materia de prohibición y esclarece que su redacción pretende proteger la seguridad sexual y por ello crea un hecho antijurídico.

Este tipo es total por reunir todas las circunstancias de la antijuridicidad y de garantía de la Ley Penal, al explicar cual es la conducta que jurídicamente se concibe como violación impropia equiparada a la violación, este tipo es un presupuesto general del delito previamente mencionado, pues la satisfacción de la descripción llevará al surgimiento del delito de violación impropia o equiparado a la violación.

2.- Retomando los conceptos de Beling tenemos que en este delito encontramos una acción o conducta delictuosa que está descrita en la Ley y reforzando uno de sus principios fundamentales con respecto a la acción, tenemos que las penas no pueden surgir por simple analogía sino que deben estar expresadas en el texto legal.

El tipo que describe la conducta del delito equiparado a la violación impropia no tiene precisada su pena, pero encuentra referencia con la del artículo 265 del Código Penal aplicable al Distrito Federal en el Fuero Común y toda la República Mexicana en el Fuero Federal, cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 14 Constitucional.

3.- El tipo que describe el delito de violación impropia o equiparado a la violación, lo clasificamos de la siguiente manera:

a) Básico, porque no necesita de ningún otro tipo para integrar la conducta ilícita, de acuerdo al daño que causa.

De acuerdo al resultado de daño es:

1.- Formal.- Ya que se necesita una simple acción o un sólo movimiento corporal como sería la acción de llevar a cabo la cópula, sin importar el resultado.

2.- Simple.- Porque viola un sólo bien jurídico tutelado que es la seguridad sexual.

De acuerdo a la conducta del agente:

3.- Acción.- Ya que se lleva a cabo la violación mediante un conjunto de movimientos corporales voluntarios siendo un precepto penal prohibitivo, por considerarse un hecho realizado por el sujeto.

De acuerdo a su descripción:

4.- Anormal.- Porque se necesita una valoración que en este caso es jurídica y además porque se dan situaciones subjetivas como sería la imposibilidad del sujeto pasivo para resistir la conducta.

En cuanto al número de actos:

5.- Unisubstanciales.- ya que esta conducta se consume en un sólo acto.

En cuanto al número de sujetos que participan:

6.- Unibusjetivo.- Con relación a la violación impropia se puede llevar a cabo con una sólo persona en calidad del sujeto activo.

7.- Plurisubjetivo.- ya que también se puede realizar con más de dos sujetos activos que en este caso se consideraría violación impropia-tumultuaria, en los casos de inconsciencia, debilidad mental o de locura en el sujeto pasivo.

De acuerdo con el análisis anterior.- el delito de equiparado a la violación comprende como sujeto pasivo a una persona que puede ser del sexo femenino o masculino menor de doce años o mayor de esta edad pero carente de conciencia para comprender la conducta que se realiza en ella. Según los lineamientos del tipo, se establece un delito personal, pues sólo se concibe la lesión de persona física.

4.- El objeto material del delito de violación impropia, ubica en las personas y con referencia a ellas, específicamente en aquellas - que no tienen pleno discernimiento y esto no les permite oponerse a la conducta que se realiza; que en el tipo en estudio se lleva a cabo como de daño, como puede observarse el objeto material coincide -

con el sujeto pasivo o tutelar del bien jurídico tomado en cuenta como objeto natural susceptible de recibir el daño propuesto por la conducta.

De acuerdo al objeto jurídico y tomando en cuenta a nuestro artículo 266 tenemos que el bien protegido o tutelado por la ley en base a este tipo es la seguridad sexual que establece al describirlo. El objeto jurídico es fundamental ya que no habría delito de violación impropia sin éste que en el caso es de lesión como consecuencia de una acción.

5.- El elemento objetivo, material o descriptivo en el tipo a estudio es la cópula. Puede ser normal o anormal, ya que no se toma en cuenta o no se especifica, esta situación el tipo asimismo puede realizarse en hombre o mujer por la misma razón, al ser cópula introducción del miembro viril en vagina o sustituto queda comprendida en un proceso que el tipo analizado lo da a conocer por medio de un verbo, que no hace referencia ni de tiempo ni de lugar.

La violación impropia tiene el elemento subjetivo en forma tácita; de ahí que su existencia depende de la interpretación que se da al mismo tipo y esta interpretación nos conlleva a determinar que el elemento subjetivo es la intención de tener la cópula con persona menor de 12 años como primer supuesto, ya que debemos tomar en cuenta que el autor tiene el conocimiento, la intención, deseo de llevar a cabo la conducta delictiva que en este supuesto es el ayuntamiento carnal, con persona menor de 12 años.

En el segundo supuesto, que se refiere a la persona que no esté en

posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa, se da un proceso anímico por parte del autor, el cual sabiendo o conociendo el estado de inconciencia del sujeto, de embriaguez, sonambulismo, hipnotismo o por alguna imposibilidad física o mental, lleve a cabo la conducta delictuosa que es la cópula con toda intención. El elemento normativo es de la clase de elemento de valoración jurídica, ya que al referirse al menor de 12 años, el juicio de valoración que se lleva a cabo por parte del Juez es por medio de documentos que pueden ser:

El acta de nacimiento o un certificado médico que acredite la edad del menor en el que va a recaer la cópula, ya sea normal o anormal efectuándose esta aún con el consentimiento del menor.

En el segundo supuesto que habla de la persona que por cualquier causa no este en posibilidades de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa también con tiene un juicio de valoración jurídica ya que al hablar de imposibilidad física se requiere de certificado médico o de diligencias, que la acrediten, tales como la prueba testimonial.

6.- Es de observar que dentro del tipo no se hacen referencias específicas en relación al sujeto activo, sin embargo, si tomamos en cuenta que el ser humano que se avoque a esta conducta, debe realizar cópula, nos damos cuenta que el único que tiene las posibilidades físico-biológicas es el ser humano de sexo masculino con facultades para ayuntamiento carnal. En cuanto a los sujetos que intervienen, se pueden dar formas unisubjetivas, esto es por un ser humano del sexo

masculino con posibilidades para llevar a cabo cópula o por varios de éstos sujetos y por ello puede llegar a ser plurisubjetivo. Puede haber autor principal que es el que efectúa el acto y los que tomaron parte como los conductores, de igual manera puede tener coparticipe - cuando intervienen varias personas en una única acción, pero con diversas aportaciones personales.

7.- Para que exista tipicidad, será menester que se reunan los elementos que contiene la descripción del tipo, que como antes hemos establecido son: objeto, subjetivo y normativo. Con relación a nuestro tipo artículo 266 del Código Penal, tenemos que sí se puede configurar la atipicidad en cuanto al sujeto activo que debe ser forzosamente un hombre en general, por lo que respecta al pasivo si no es una persona menor de 12 años o una persona trastornada mentalmente o impedida físicamente no se configura el tipo. Por cuanto al objeto material podemos determinar que este se confunde con el sujeto pasivo. El tipo no contiene referencias temporales, espaciales, medios empleados ni de otra índole exigidas por la descripción y por tanto estas no serán causadas de atipicidad, pero si serán causas irrefutables, - la ausencia del núcleo del tipo que describe cópula, así como la existencia de los elementos normativos o subjetivos del injusto que conforman la descripción, desde luego que cualquiera de las ausencias mencionadas afectará la existencia del objeto jurídico evitando se viole la seguridad sexual.

La conducta realizada debe estar introducida en probanzas que cumplan exactamente los elementos del tipo penal que describe el delito

de violación impropia o equiparada a la violación pues de esta manera se podrá verificar que la conducta es materialmente antijurídica por violar el bien jurídicamente tutelado consistente en la seguridad sexual a la vez que es formalmente contraria a derecho por transgredir la norma que establece el estado y que tiene una prohibición.

De acuerdo con la conducta que contempla el delito de violación impropia o equiparada a la violación esta no puede ubicarse en ninguna causa de justificación pues como se puede notar el elemento objetivo introduce dolo, obligando al sujeto activo a una amplia conciencia de la conducta que realiza.

8.- A fin de que pueda existir la culpabilidad debe operar el presupuesto anterior que denominamos imputabilidad, por el que se establece que el sujeto debe ser mayor de 18 años y con el discernimiento para querer y comprender la cópula que se ha realizado, pues sólo en estas condiciones se podrá fundamentar el juicio de reproche, pudiéndose por este juicio valorativo determinar que la conducta es atribuible a un sujeto determinado quien obró en forma dolosa, ya que el tipo en su elemento objetivo determina un dolo directo que en su realización puede implicar dolo: indirecto o eventual, cuando se prevén otros resultados ilícitos y es por esto que el agente estará obligado a sufrir las consecuencias jurídicas propias del acto a fin de resarcir el daño causado a la sociedad declarándose en base a lo anterior la responsabilidad penal de un sujeto determinado.

9.- El legislador realiza la individualización de la pena apli-

cable al delito de violación impropia dentro del artículo 265 del Código Penal, fijándola en dos posturas distintas al tener en cuenta la situación física de la ofendida dentro de las posibilidades de púber o impúber, y estableciendo la pena más grave cuando la ofendida sea impúber, las penas establecidas son privativas de libertad y se fijan dentro de un máximo y un mínimo a fin de que dentro de la individualización judicial se aplique la adecuada a cada caso.

10.- La individualización judicial sólo es procedente cuando se establece como requisito SINE QUANON la comprobación del cuerpo del delito que en el caso que nos ocupa es de violación equiparada y la plena responsabilidad del inculcado, al llevarla a cabo el Organismo Judicial toma en cuenta el contenido del artículo 265 del Código Penal y cumple con lo establecido por los artículos 51 y 52 del ordenamiento legal mencionado.

El análisis anterior lleva a concluir en el juzgador el grado de peligrosidad del individuo que será el parámetro para aplicación de la pena dentro del mínimo y máximo previsto en la ley.

Al aplicarse la pena principal que como dijimos es privativa de libertad, surge la necesidad del análisis que determinará la procedencia o improcedencia de la pena accesoria denominada reparación del daño; para ello será menester contar con pruebas conducentes a fin de poder condenar, pues de lo contrario el Juez se verá precisado a absolver por la reparación de daño derivada del delito de violación impropia, es de observar que teniendo en cuenta la pena mínima señalada para el delito de violación impropia que en el caso es de seis

años de prisión, el delito de violación impropia no concibe la posibilidad de sustitución, por ello el Organó Juridiccional a fin de de terminar correctamente su individualización penal deberá amonestar al sentenciado para que no incurra en reincidencia de conformidad en los artículos 42 del Código Penal y 577 del Código de Procedimien tos Penales.

11.- La individualización administrativa corresponde al poder eje cutivo por conducto de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y de Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Gobernación, y a ella incumbe dentro del cumplimiento de la sentencia hacer valer las disposiciones de la Ley de Normas Mínimas.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Argibay Molina, José F. Derecho Penal Vol. II Editorial Ediar S.A Buenos Aires, 1982.
- 2.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed; 10° Editorial Porrúa S.A., México, 1986.
- 3.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho - Penal. Ed; 20° Editorial Porrúa S.A., México, 1984.
- 4.- Claux Roxin. Teoría del Tipo Penal. Editorial De Palma Buenos Aires, 1979.
- 5.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal VI. Ed; 17° Editorial Barcelona España, 1975.
- 6.- Cuello Calón, Eugenio. Moderna Penalogía, Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes Penas y Medidas de Seguridad. Editorial Bosch. Barcelona, 1974.
- 7.- De P. Moreno, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa - S.A., 1986.
- 8.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Ed; 17° Editorial He- liasta. Argentina, 1981.
- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VIII. Editorial UNAM. México, D.F.
- 10.- Diccionario de la Lengua Española. Ed; 4° Editorial Esparsa-Calpe S.A., Madrid España, 1970.
- 11.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIII, XXVI. Ed; 2° Editorial - Diskils S.A., Buenos Aires, 1978.
- 12.- Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, Ed;

- 2° Editorial Talleres Gráficos Dula. Buenos Aires, 1949.
- 13.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Selecciones de Reader's Digest. Tomo I, III, IV, V, VII, IX y X. Ed; 8° México, 1982.
- 14.- Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal. Vol. I Editorial Bosch. Barcelona, 1981.
- 15.- Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. Editorial - Hermes. México, 1986.
- 16.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Ed; 15° Editorial Porrúa. México, 1985.
- 17.- Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal. Ed; 2° Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
- 18.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Ed; 3° Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- 19.- Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Cárdenas Editor. México, 1985.
- 20.- Ojeda Velázquez, Jorge. Derecho de Ejecución de Penas. Ed; 2° - Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- 21.- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Ed; 2° Editorial Trillas, S.A., México, 1984.
- 22.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad.- Ed; 3° Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.
- 23.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Ed; 5° - Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 24.- Rivera Silva, Manuel. Procedimiento Penal. Ed; 15° Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- 25.- Rosas Romero, Sergio. Corpus Delicti. UNAM. México, 1986.
- 26.- Sodi Franco. Procedimiento Penal Mexicano. Ed; 4° Editorial Po

rrúa México, 1957.

27.- Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Editorial Tipográfica. Buenos Aires, 1978.

28.- Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Ed; 3º Editorial Trillas, S.A., México, 1985.

29.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1971.

30.- Zaffaroni, Raúl Eugenio. Manual de Derecho Penal. México, 1986.

L E G I S L A C I O N

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Penal Aplicable al Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en el Fuero Federal.