

N° 51
255



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGON"

**ANALISIS DEL DELITO DE ABANDONO DEL INCAPAZ
EN EL DISTRITO FEDERAL**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARIA CECILIA CARDENAS TRINIDAD

MEXICO, D. F.

JULIO DE 1992

**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.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
 CAPITULO I NINO INCAPAZ Y PERSONA ENFERMA. 	
1 Concepto de niño	8
2 Primera infancia	8
2.1 Periodo del recién nacido	8
2.2 Periodo del lactante	12
2.3 Periodo de iniciación del lenguaje	17
3 Segunda Infancia	22
3.1 Periodo edad escolar de uno a cuatro años.	22
3.2 Periodo del contacto con la realidad	25
3.3 Periodo de la lógica, de la intimidad y de la escolaridad	28
3.4 Periodo prepuberal	32
4 Concepto de persona	35
4.1 Persona enferma	36
5 Concepto de capacidad	37
5.1 Derechos de la capacidad	39
6 Concepto de incapacidad	39
7 Clases de incapacidad	40
8 Concepto de abandono	41
9 Clases de abandono	41
9.1 Delictuoso	41
9.2 Civil	41

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
 CAPITULO I NINO INCAPAZ Y PERSONA ENFERMA. 	
1 Concepto de niño	8
2 Primera infancia	8
2.1 Periodo del recién nacido	8
2.2 Periodo del lactante	12
2.3 Periodo de iniciación del lenguaje	17
3 Segunda Infancia	22
3.1 Periodo edad escolar de uno a cuatro años.	22
3.2 Periodo del contacto con la realidad	25
3.3 Periodo de la lógica, de la intimidad y de la escolaridad	28
3.4 Periodo prepuberal	32
4 Concepto de persona	35
4.1 Persona enferma	36
5 Concepto de capacidad	37
5.1 Derechos de la capacidad	39
6 Concepto de incapacidad	39
7 Clases de incapacidad	40
8 Concepto de abandono	41
9 Clases de abandono	41
9.1 Delictuoso	41
9.2 Civil	41

CAPITULO II OBLIGACIONES.

1	Concepto de obligación	44
2	Clasificación de las obligaciones	45
2.1	Obligación Moral	71
2.2	Obligación Contractual	73
2.3	Obligación Legal	73
2.4	De las obligaciones de dar	73
2.5	De las obligaciones de hacer o de no hacer.	73
3	Sujeto pasivo y activo	74

CAPITULO III ELEMENTOS DEL TIPO.

1	Concepto de Tipo penal	76
2	Elementos generales del Tipo	78
2.1	Sujeto activo	82
2.2	Sujeto pasivo	83
2.3	Objeto material	85
2.4	Biên juridico protegido	86
2.5	Conducta	86
2.6	Resultado	87
3	Elementos especiales del Tipo	88
3.1	Medios de comisión	88
3.2	Las referencias temporal, espacial y de ocasión	89
3.3	Elemento subjetivo o dolo específico	91
3.4	Elemento normativo o antijuricidad específica	92

3.5	Calidad del sujeto pasivo, calidad del sujeto activo	94
3.6	Calidad del objeto material	96
3.7	La cantidad del sujeto activo y pasivo	96
3.8	La cantidad del objeto material	96

CAPITULO IV ELEMENTOS DEL DELITO

1	Concepto del delito	99
2	Concepción unitaria	100
3	Concepción analítica	101
4	Elementos del delito	104
5	Conducta o hecho Ausencia de conducta	106
6	Tipicidad Atipicidad	128
7	Antijuricidad Causas de justificación	136
8	Culpabilidad Inculpabilidad	173
9	Punibilidad Excusas absolutorias	190
10	El inter criminis	195
10.1	Fase interna	196
10.2	Fase externa	197
11	Formas de presentarse el delito	199
11.1	Consumación	199
11.2	Tentativa	200
11.2.1	Tentativa Acabada	202
11.2.2	Tentativa Inacabada	202
11.3	Delito imposible	202

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

Introducción.

Para desarrollar el estudio o análisis del delito de Abandono del Incapaz, es necesario analizar el artículo 335 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde se hace mención Al Niño Incapaz o Persona Enferma:

"Al que abandona un niño incapaz de cuidarse a si mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos."

Por niño se entiende la persona humana desde su nacimiento hasta la iniciación de la edad púber, la ley utiliza la frase:

"niño incapaz de cuidarse a si mismo", hace referencia a la incapacidad en que el menor se encuentra para cuidar de si mismo, nuestro legislador no menciona la edad por lo cual hay una mayor elasticidad en la aplicación de la norma sancionadora.

Las etapas por las que atraviesa su niñez son:

I Primera Infancia.- que comprende el primer año de vida y se divide en 3 periodos:

- a) Periodo del recién nacido: Primer mes.
- b) Periodo del lactante: del segundo al sexto mes.
- c) Periodo de la iniciación del lenguaje: Segundo semestre.

II Segunda Infancia.- Abarca hasta los doce años y se divide en cuatro periodos:

a) Periodo de la edad escolar: del primer año hasta los cuatro años.

b) Periodo del contacto con la realidad: de los cuatro a los

siete años.

c) Periodo de la lógica, de la intimidad y de la escolaridad de los siete a los diez años.

d) Periodo prepuberal: de los diez a los doce años.

Al analizar los periodos nos damos cuenta de la evolución y desarrollo del niño como relaciones que este mantiene con el medio ambiente, maduración adecuada, crecimiento de su cuerpo, desarrollo motor, intelectual y afectivo, integración en la sociedad, momento adecuado en la adquisición de nuevos conceptos, hábitos, costumbres, etc.

En cualquier periodo que se encuentre es Incapaz de valerse por si mismo, por no tener la experiencia y en algunos casos los conocimientos necesarios.

De igual manera el artículo 335 hace mención a la persona enferma, la ley ha querido referirse a los incapaces por enfermedad, pues evidentemente no todo enfermo está incapacitado para cuidar de sí mismo.

En el Análisis de esta tesis se plantean las siguientes preguntas] Por qué ? y] Para qué ?

El niño es una parte que consideramos importante dentro de la sociedad en que vivimos, es la edad de su formación tanto físico como mental, ya que se encuentra en un constante crecimiento físico como de conocimientos que él antes no tenía y que le van a servir en su vida diaria, juega un papel

interesante, porque ese niño del cuál hablamos, crecerá y se convertirá en un adulto, será el reflejo de la familia en que vivió y del país al cual pertenece. Si ese niño tuvo una formación adecuada tendremos un ciudadano normal, de lo contrario surgirán problemas por no haberlo conducido correctamente.

La persona enferma es la que se encuentra enferma de su cuerpo o mente, esta incapacitada para valerse por si misma o sea físicamente o mentalmente, por lo cual es necesario un representante legal para cualquier trámite que se efectúe porque ha perdido la capacidad de ejercicio.

Al analizar el tema del Abandono del Incapaz, existe gran inquietud, porque el legislador al referirse al niño incapaz de valerse por si mismo, descarta al niño normal, siendo una etapa de la vida en la cual se debe proteger a todo niño, por su precario desarrollo físico o mental; no cuenta con la experiencia para saber conducirse en nuestra sociedad.

En este delito no se señala una edad especial para limitar la protección legal a los niños como consecuencia existe elasticidad en la aplicación de la norma, habrá protección para el niño hasta cuando lo requiera la incapacidad.

Y con respecto a la persona enferma no se contempla que sin padecer dolencias patológicas están también incapacitados para atenderse por sí mismos, como son los casos de los ancianos decrepitos que, sin trastornos patológicos, están impedidos por

su natural senectud para resguardarse. Las parturientas, cuyo estado no puede calificarse de enfermedad por deberse a un fenómeno fisiológico natural de la gestación y los inválidos por graves amputaciones de miembros ya sanos de sus anteriores dolencias o heridas, en este delito no hace mención específica del tiempo a cuidar al incapaz, durante el tiempo a cuidarlo, queda delimitado durante el tiempo que legalmente pueda estimarse en estado de incapacidad, al menor o a la persona enferma, para cuidar de si mismo.

Nuestro artículo 335 debe ser reformado para darle una mayor protección al niño y a la persona que necesita cuidados por encontrarse inposibilitado, quedando de la siguiente forma: "Al que abandone a un niño, o cualquier persona que requiera cuidados, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido"

En el Capítulo I damos el concepto de Niño en opinión de diferentes autores, etapas en las que se divide la vida del niño que son: Periodo del Recién Nacido hasta Periodo Prepuberal, en estos periodos se sigue el desarrollo del niño tanto físico como mental; en la gestación (hablamos de la alimentación de la madre como de los cuidados del bebé), la iniciación del lenguaje, desarrollo de la motricidad, juego, el juguete, periodo escolar (una etapa importante en su vida para adaptarse a la sociedad en la que se dan las relaciones sociales,

tendrá que aprender a dominar la agresividad), periodo del contacto con la realidad, periodo de la lógica de la intimidad (habrá un crecimiento emocional y social), Periodo Prepuberal (cambios en la conducta).

Si hacemos mención al niño desde su formación dentro de la madre hasta el periodo prepuberal es por la razón que debemos darnos cuenta que el niño se encuentra en un constante cuidado y vigilancia ya sea por parte de la madre o la persona encargada de él, para un futuro tener un niño feliz y adaptado socialmente.

El delito de Abandono del Incapaz, se refiere a la persona enferma por lo cual damos el concepto de persona en opinión de diferentes autores, la persona al nacer va adquirir la capacidad de goce el cual es un atributo de la personalidad, se encuentra establecido en el artículo 22 del Código Civil; la capacidad de ejercicio se adquiere al cumplir la mayoría de edad, la cual es a los 18 años, lo establece el artículo 646 del código mencionado; damos el concepto de incapacidad, que es el que carece de aptitud legal para ejercer validamente determinados derechos; Clases de Incapacidad. Por lo que se observa no puede limitarse el concepto de persona enferma a un malestar físico, es más amplio por la razón de incluir al incapacitado de sus facultades mentales. Definición de Concepto de Abandono y Clases de Abandono, por tratar el tema del abandono del incapaz.

En el capítulo II se analiza el concepto de obligación;
Clasificación de Obligaciones en opinión de diferentes

autores y de la ley.

Al dar los conceptos tanto de Abandono, Obligación, se analiza el tema para ver quien es el abandonado y el obligado legalmente o moral.

En el Capitulo III se mencionan los Elementos Generales del Tipo que son: Sujeto activo, pasivo, objeto material, bien juridico protegido, conducta y resultado.

Damos el concepto de Tipo en opinión de diferentes autores, los elementos del tipo, análisis del Abandono del Incapaz en cada elemento del Tipo, encontramos quien es el responsable del incapaz, quien es el afectado, en que momento se da el abandono.

En el Capitulo IV, Se analizan los elementos del delito, definición de delito, en opinión de diferentes autores y, de acuerdo a la ley, las corrientes que estudian al delito, los elementos del delito en su aspecto pasitivo y negativo.

A continuación mencionaremos los:

ASPECTOS POSITIVOS

- Conducta o hecho
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Culpabilidad
- Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- Ausencia de Conducta
- Atipicidad
- Causas de justificación
- Inculpabilidad
- Excusas absolutorias

El inter criminis, Fase interna, Fase externa, Formas de presentarse el delito, Consumación, Tentativa Acabada, Inacabada,

Delito imposible.

Definimos cada elemento del delito en opinión de diferentes autores, así como en el aspecto negativo y vamos analizando el abandono del incapaz para obtener las conclusiones.

CAPITULO I

NIÑO INCAPAZ Y PERSONA ENFERMA.

CONCEPTO DE NIÑO.

Es la "persona que se halla en la niñez, o sea en el período comprendido entre el nacimiento y la adolescencia."¹

"Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".²

Es el período de vida humana comprendido entre el nacimiento hasta la iniciación de la edad púber.

2 PRIMERA INFANCIA

2.1 Período del Recién Nacido.

"El aspecto de un recién nacido sano es característico, tal como se mantuvo en su vida intrauterina (Las piernas sobre el vientre, las rodillas dobladas, los brazos sobre el tórax, la cabeza en ligera inclinación sobre el pecho y todo él está flexionado)."³

Para que un niño nazca bien en el aspecto físico y mental se requiere que la madre desde el momento de la concepción empiece a tomar las medidas adecuadas para el mejor funcionamiento de su organismo. El niño es dependiente directo de la madre durante el período de vida intrauterina, por lo que esta última deberá:

- >(1) Rafael de Pina Vara, Diccionario de derecho, Decimoséptima edición, Ed. Porrúa. P. 402
(2) Comisión Nacional De Derechos Humanos, Ed. Talleres Gráficos de la Nación, P. 7
(3) Dr. Luis Serrat, Ana m. Calera y Dr. Josep Bierge, Nueva Enciclopedia Femenina, Tercera edición, Ed. CGAC Barcelona, P. 351

- Cuidar su alimentación, para un mejor desarrollo.
- Su aspecto emocional.
- Acudir al médico durante el periodo de su embarazo para que reciba una instrucción profesional sobre cuidados a su salud, como indicaciones sobre los medicamentos que podrá administrarse bajo control médico.

En los puntos anteriores se han marcado los cuidados que ha de observar la madre durante su periodo de embarazo ya que de ello dependerá que el estado de salud física y mental del recién nacido sea adecuado. Lo anterior está condicionado en líneas generales por varios factores como son:

- La normalidad durante los nueve meses de vida intrauterina.
- La normalidad del parto.
- Que el peso al nacer oscile entre 3,000 y 3,200 gramos.
- Que la estatura al nacer sea de 40 a 50 centímetros.
- Que tenga un buen reflejo de succión, es decir que coja el pecho de la madre durante las primeras 24 horas de vida.
- La inexistencia de trastornos o malformaciones de corazón, etc.

Es conveniente que el recién nacido sea reconocido por un médico pediatra, para confirmar la normalidad de su organismo. Manifestaciones iniciales del recién nacido las encontramos como, una de las primeras, en el momento de nacer, el llanto debe ser

fuerte y espontáneo; a veces el médico, o la comadrona le dan unas palmaditas en la espalda. A partir del momento en que el niño llora, empiezan a funcionar sus pulmones, se normaliza la circulación sanguínea y se inicia su adaptación a las nuevas condiciones de vida autónomas.

El niño al nacer se halla en un estado de inmadurez: no piensa, no habla, no se sostiene de pie, no puede comer solo, es decir, no puede valerse por sí mismo. Pero hay una persona que lo realiza por él: la madre, esta se encargará de darle protección, cariño y seguridad, lo exterioriza en sus actitudes, a este proceso se le llama de "troquelado". Antes de nacer se encontraba protegido por la placenta biológica, (ahora debe estar protegido por la placenta afectiva del cariño y la seguridad). La salida al mundo exterior constituye el viaje más trascendental que realiza el ser humano: el encuentro con el aire, con la luz con los sonidos nuevos y extraños, con manos que lo acarician y lo mueven.

El aprendizaje que tendrá que realizar es el siguiente:

- 1.- Respiración autónoma.
- 2.- Nutrición: ingestión y digestión de nutrientes.
- 3.- Temperatura: regulación térmica.
- 4.- Adaptación al medio no líquido.
- 5.- Funciones excretoras.

El ser humano nace con el intestino adaptativo, el cual le

va a permitir sobrevivir; tendrá que estar en un constante aprendizaje para adquirir nuevos conocimientos e irse valiendo por él mismo, pero mientras esto sucede la madre o la persona cuidadora se encarga de protegerlo. Como es el caso de darle su alimentación, en este momento se da una de las primeras manifestaciones de sociabilidad, que se presenta como consecuencia del contacto que tiene con la madre mientras esta lo amamanta (relación madre-hijo-tetada), cuando hayan cambios de temperatura, mecerlo en sus brazos con lo que favorece la instauración de la respiración y sensación de estabilidad, se estimula la afectividad y futura personalidad, mas adelante le será posible entrar en contacto con otras personas, con las que se evitará ser huraño y adusto, atraviesa un período de cambios fisiológicos y ambientales sumamente delicados pero imprescindibles para permitirle la vida autónoma.

- 1.- "Respiración autónoma.- Se da en el momento que nace el niño y este llora, iniciando sus pulmones a funcionar.
- 2.- Nutrición: Ingestión y digestión de nutrientes.
- 3.- Temperatura.- LA piel del niño es muy sensible a las variaciones de temperatura ambiente, por lo cual hay que cobijarlo.
- 4.- Adaptación al medio no líquido.- La motricidad del recién nacido está gobernada por los movimientos reflejos, entre los que destacan el de succión y el de prensión.

5.- Funciones Excretoras. Las primeras deposiciones se expulsan generalmente dentro de las primeras 24 horas y son meconiales." ⁴

2.2 Periodo del Lactante.

En relación al lactante, "Hacia principios de siglo, aparecieron las primeras leches artificiales sustitutorias de la materna. Los principales argumentos que avalaron su empleo fueron:

- Superior calidad de la leche industrial.
- Se evitan infecciones en el pecho y posibles contagios.
- La madre puede reintegrarse al trabajo o a su vida normal.
- Es posible un control mas estricto de la alimentación del bebé.
- Es la solución esperada para aquellas mujeres que no producen suficiente secreción para amamantar a su hijo.

A favor de la leche materna también pueden argumentarse ventajas prácticas y de todas las órdenes:

- Está disponible en todo momento, a la temperatura adecuada, y no requiere preparación.
- Se obtiene y se consume fresca.

->(4) Meconio.- Se da el nombre de meconio a las primeras heces expulsadas después del nacimiento, consiste en secreciones intestinales parcialmente desecadas, que se han acumulado gradualmente en la parte inferior del tubo intestinal; el meconio es una substancia de color verde parduzco semiformada y suele expulsarse de cuatro a seis veces diarias.

Enciclopedia para la Integración Familiar, "El lactante", Ed. Thelma, P. 62

- Contiene anticuerpos que aportan defensas al niño contra posibles infecciones, en un periodo en que su sistema inmunológico es todavía inmaduro.
- Se ajusta a las necesidades del lactante.
- No se dan casos de intolerancia.
- Favorece la vuelta a la normalidad del aparato genital de la madre."⁵

Por lo tanto la leche materna no es la misma ni en cantidad ni en calidad. Durante este periodo hay una relación tan conjuntada entre los dos organismos de tal manera que tiene más cantidad de leche en los periodos en que más necesita el hijo, y también la composición de la misma va variando para adecuarse a las necesidades que presenta.

No son exclusivamente las cuestiones nutritivas, inmunitarias, las que hay que tomar en consideración al entrar en el dilema leche materna y biberón. La relación afectiva que se da madre-hijo es una experiencia gratificante y de importancia para ambos, ya que él siente el calor y el olor de su cuerpo, mientras se alimenta el niño fija la mirada en el rostro materno, y con la mano apoyada en su pecho va acompañado el ritmo de succión.

Este reconocimiento que efectua a través de los sentidos de la vista, el oído, olfato, gusto y del tacto le proporciona seguridad y confianza.

Por estas razones nadie puede discutir que la leche materna

-> (5) IBIDEM, P. 74

es la más aconsejable aunque en los últimos años la leche artificial ha alcanzado un nivel alto de calidad. Existe una interrogante al finalizar el embarazo, ya que tendrá que decidirse que tipo de alimentación se le dará al niño: leche materna o leche industrial o artificial. La mayoría de las mujeres son aptas para la lactancia natural con tal que reciban el suficiente estímulo y sean protegidas de las experiencias y comentarios desalentadores mientras comienza a establecerse la secreción láctea, estas saben que la leche materna es la mejor y que si se encuentran en condiciones óptimas, podrán decidir darle el pecho, en ciertos casos aunque estén enteradas del beneficio que se obtendrá, al no producir bastante leche y no poder, por tanto, proporcionar la cantidad suficiente para justificar siquiera la lactancia mixta de sus hijos (Combinando el pecho con el biberón). La madre no se deberá sentir mal puesto que existe una justificación al no poder amamantar a su pequeño.

Si no se muestra partidaria de lactar a su hijo probablemente resultará prudente no persistir en el intento de persuadirla, ya que con esto podría afectar la relación madre-hijo y convertir la lactación en una sucesión de episodios llenos de tensión y ansiedad, despojándola de sus deseables efectos benéficos.

Es mejor para el bebé un biberón de una madre feliz a que lo amamante una madre insatisfecha. El dar un biberón a un niño no tiene que ser forzosamente un acto mecánico y frío despojando de todo componente afectivo. Es posible también mantener a través de él un estrecho contacto y convertir la hora del alimento en un

espacio relacional.

El valor de la lactancia no está en la forma como en el contacto corporal y en el diálogo que establece la madre. Al ir transcurriendo el tiempo el lactante presenta grandes progresos empiezan a funcionar correctamente los mecanismos de la respiración, la deglución y la digestión, su aspecto exterior va cambiando, sus carnes son más duras, la piel esta limpia y tersa, el color de sus labios es sonrosado, su cara es alegre y expresiva.

Su peso aumenta gradualmente y sus músculos van desarrollándose, su cuerpo ya tiene fuerza.

Hacia el mes y medio, el niño empieza a distinguir las voces humanas de los demás ruidos. A los dos meses, es capaz de producir todos los sonidos que integra la voz humana, a los tres meses aparece la sonrisa, respuesta dirigida a la expresión de la cara (sonrisa y mirada) de la madre, aún sigue durmiendo durante muchas horas.

A los cuatro meses, mantiene la cabeza levantada cuando permanece sentado. Empieza a desarrollarse la memoria y reconoce perfectamente a las personas; cuando a quien espera ver es a sus padres y aparece un extraño, suele echarse a llorar.

El llanto es la única forma de expresión de que disponen los lactantes para dar a conocer sus necesidades, sus deseos y sus exigencias.

Los padres deben saber interpretar adecuadamente esta manifestación del hijo, intentando conocer la causa.

El niño puede llorar por tener hambre, o sed, por opresión de las ropas que impiden moverse, por tener mojados o sucios los pañales, por estar cansado y no poder conciliar el sueño, por tener dolor de vientre, por haber comido excesivamente, o haberlo hecho demasiado aprisa, por padecer estreñimiento, etc.

A partir de esta edad, entra a formar parte la existencia de un nuevo factor de suma importancia: El juego; el niño ya no duerme tanto, pasa ratos (a media mañana y a media tarde) despierto y necesita distraerse, mira todos los objetos, especialmente los de colores vivos que se encuentran a su alrededor, e intenta jugar con ellos tocándolos y moviéndolos; empieza a integrarse socialmente a la familia.

"Los juguetes tienen un significado más específico que el de instrumentos de diversión, desempeñan un papel muy importante en la preparación para su futura inserción de la vida escolar y en el mundo del adulto.

El niño que juega aprende constantemente cosas de la vida; con los juguetes consigue dar rienda suelta a su imaginación e iniciativa, desarrollándose tanto en el aspecto físico como en el psíquico."⁶

En esta época los sonajeros de plástico transparente, en cuyo interior se mueven figuras o bolas de colores, son un buen entretenimiento.

-> (6) Dr. Luis Serrat, op. cit., P. 378

Más adelante en la época de la dentición, son aconsejables las series de llaves o anillos de plástico.

A los cinco meses, el niño aunque en forma rudimentaria sabe lo que le agrada y lo que le desagrada, y analiza detalladamente los objetos mediante el tacto y el gusto; empieza a hacer movimientos de gateo.

Ya tiene medio año: es un niño equilibrado, sociable, que duerme bien y sabe jugar solo. Existe una coordinación entre los ojos y los movimientos de sus manos. Distingue con precisión las caras familiares de los desconocidos; se procurará que vaya conociendo a otras personas, que vea caras nuevas ya que así empezará abrirse al mundo, es decir se iniciará adecuadamente su sociabilidad. Cada día se muestra más curioso, despierto a la adquisición de nuevos conocimientos; gracias a esta curiosidad, él tiene necesidad de ver, tocar y palpar, único medio de que dispone para desarrollarse apropiadamente y conocer las características de su mundo.

2.3 Periodo de Iniciación del Lenguaje.

El bebé humano entra en el mundo del lenguaje antes de nacer, de hecho el lenguaje, al igual que otras cosas, le preexiste. Esta estructurado, formulado y en uso, y será el bebé quien entre en él y no al revés.

Durante los primeros meses, empieza a establecer unas relaciones peculiares con el mundo que le rodea, marcadas por la búsqueda de placer, que es a su vez mediatizado por la figura de

la madre. Desde el momento mismo del nacimiento, el lactante empieza a desear, para sentirse satisfecho, deberán ser comunicados a otros.

El lenguaje no es una necesidad, ni siquiera un deseo para el lactante, pero gracias a que el mundo de los adultos está estructurado y regulado por el pequeño ser, este sentirá también a su vez, la necesidad de perfeccionar su forma de comunicación (para obtener resultados más satisfactorios en sus demandas de placer).

El llanto es la primera y más elemental forma de comunicación. Si bien constituye tan solo una forma instintiva de expresar su dolor o displacer, el hecho de que su madre atienda estas llamadas con especial solicitud le convierte a la primera forma simbólica de comunicación de la que él puede hacer uso. En consecuencia la principal recomendación sobre el particular, que las madres y cuidadoras deberán tener siempre muy presente, es no acostumbrarlo a mimos cada vez que llora.

A partir de la tercera semana de vida se inicia la emisión de sonidos. Aparecen por primera vez las vocalizaciones, sonidos guturales que son emitidos desde la parte posterior de la garganta. Esta actividad suele llevarse a cabo cuando el bebé está tranquilo o sosegado, sin embargo, puede presentarse también en momentos distintos, como un paso previo al llanto.

Entre el segundo y tercer mes, la experimentación de nuevas posibilidades de vocalización acapara su interés, cuando no

recibe estímulos externos y está tranquilo en su cuna juega con los sonidos que salen de su garganta, reconoce los ruidos que emite e intenta repetirlos. También se muestra extremadamente receptivo a la voz humana, y se esfuerza por emitir todo lo que oye. En este período, es posible llegar a entablar con él una especie de "diálogo de sonidos". Durante el tercer mes, logra discriminar algunos sonidos de pronunciación muy distinta, diferencia entre un tono de voz cariñosa, suave y otro violento, colérico.

"Entre los tres y los seis meses, en el periodo llamado preverbal, no realiza grandes cambios en cuanto a la calidad de los sonidos que emite, pero si aumenta considerablemente su repertorio y la frecuencia con que se entrega a los -juegos sonoros.- Todo ello culminará en la experiencia del balbuceo, que se hará patente entre el cuarto y sexto mes perfeccionándose posteriormente."⁷

De los Seis a los Doce Meses, Los ejercicios vocales se perfeccionan hasta permitirle una consonante con una vocal y pronunciar alguna sílaba con cierta perfección. En cuanto lo consiga, intentará repetirla; Esto en ocasiones es motivo de gran alborozo entre los familiares, que creen oír en "ma, ma o en ta, ta, ta, " la esperada palabra del niño. Se trata, en realidad, de una simple repetición de sonidos, de un ejercicio vocal ya considerablemente perfeccionado, cuya ejecución es sin duda placentera para el infante. Su interés hacia el " mundo sonoro "

-> (7) Terry Faw Psicología del niño, Ed. Mac. Graw-Hill de México, P. 130

en el que habitan los adultos va creciendo, llanto, lenguaje corporal, redobla su curiosidad. La comprensión es superior a las posibilidades de expresión que en este momento posee, y en ocasiones esto puede dar lugar a algún enfado consigo mismo.

Desarrollo de la Motricidad.

El desarrollo coordinado y solidario de los cinco sentidos tiene gran influencia en la motricidad infantil. A diferencia de los mamíferos, en los que el perfeccionamiento de la locomoción se realiza simultáneamente en las habilidades sensoriales, en el ser humano existe una evidente discordancia entre el desarrollo sensorial y el desarrollo motor.

"Los sentidos se desarrollan antes que la motricidad voluntaria y, en cierto modo, su perfeccionamiento y evolución es la garantía para un acceso óptimo a todos los demás aspectos de la motricidad. El desarrollo de las habilidades motrices no puede separarse de la evolución psicológica del niño, de la cual es causa y efecto simultáneamente. Por esto se habla actualmente de ⁸psicomotricidad."

Hay una razón que aconseja tratar en primer lugar el tema de la motricidad. Entre todos los demás aspectos del desarrollo, es el que depende en mayor medida de proceso de maduración neurológica, es decir, del perfeccionamiento progresivo del sistema nervioso siguiendo las leyes biológicas de la especie humana.

->(8) Enciclopedia para la Integración Familiar, La Primera Infancia, op. cit., P. 14

Se necesita la intervención del medio ambiente, en el aspecto afecto y estimulaciones constantes para obtener un mejor resultado, ya que se encuentra en la etapa de inmadurez, por lo cual existen, limitaciones motrices que afectan al bebé de corta edad.

La motricidad del recién nacido está gobernada por los movimientos reflejos entre los que destacan el de succión y el de prensión. No puede todavía sostener la cabeza, pero es capaz de orientar la boca, cerrar la mano al contacto con cualquier objeto.

Hacia los cuatro meses aparecen los primeros movimientos voluntarios con los que persigue conseguir un fin, según Piaget la integración mano boca, es decisiva para que pueda formar la imagen mental de su propio cuerpo y estimula su desarrollo intelectual. En estos meses aparece también la sonrisa.

Entre los cuatro y los siete meses, la influencia del ambiente en el proceso de aprendizaje empieza a ser notable a partir del cuarto mes, favoreciendo un cambio importante en su mundo mental.

De los siete a los nueve meses, aprende a sostener el biberón y alimentarse con los dedos. Su locomoción mejora hasta el gateo en el que al principio arrastra la barriga por el suelo, comienza a adquirir sentido rudimentario de espacio y profundidad, surge la etapa de la imitación, comienza a adquirir sentimiento de causalidad, aunque aún rudimentario.

De los nueve a los doce meses, durante la última parte del primer año se inicia la etapa final de su transformación, a los diez meses se pone de pie con ayuda y puede incluso ponerse en esa posición sin ella. Al año es probable que se enderece solo y empiece a andar con ayuda de su madre o cogido de un barandal.

La comprensión del lenguaje ha mejorado. Empieza a colaborar para que lo vistan.

3 Segunda Infancia.

3.1 Período edad escolar de uno a cuatro años.

El desarrollo físico del niño continúa, durante el segundo año de vida, aunque menos intenso y espectacular, en comparación con los doce meses anteriores. Los cambios más notables de su aspecto son las alteraciones de las proporciones corporales, y el crecimiento rápido de sus piernas con relación al tronco, que lo hace aproximarse a la forma de cuerpo de un niño mayor.

Comunicación.

"Durante el segundo año se vuelve más comunicativo, habiendo casos en que varía la destreza para hablar de un niño a otro como resultado de caracteres individuales, intensidad de participación en otras fases del desarrollo o exigencias para hablar, que se impongan, sin embargo, si no se adquiere el habla durante el tercer año deberá emprenderse valoraciones para estudiar la capacidad auditiva o la intelectual. La falta de adquisición del habla también puede resultar de la relación inadecuada con la madre, en la cual el pequeño puede sufrir de carencia emocional o

de estímulos insuficientes." ⁹

Evolución de Aspectos Gramaticales.

En el segundo o tercer año de vida, el niño comienza a aprender, a disponer palabras en conjuntos significantes. Aprende que a sucesión de las palabras y el sitio que ocupen y el sentido que ocupan en un conjunto, destaca algo acerca del significado de la palabra. En esta etapa inicial, el niño no puede diferenciar entre las partes de la oración; sin embargo, en cuanto se unen palabras aparece una gramática rudimentaria, esta no es imitativa del habla del adulto, y las primeras frases pueden sonar extrañas a estas últimas.

Para los dos años de edad promedio ha adquirido un vocabulario de 100 palabras, o más y durante los años preescolares el niño adecuadamente adaptado aumenta, en promedio de 500 palabras al año. A los tres años de edad, con facilidad identifica objetos conocidos en figuras y puede recordar y repetir aproximadamente tres números.

A los cuatro años de edad el habla se ha convertido en arma formidable de la cual alardea, con la cual exagera, amenaza y difunde los secretos familiares en el vecindario.

Desarrollo Afectivo.

El desarrollo emocional atravieza en torno a esta edad, un periodo de transición. En efecto, si se considera la primera

-> (9) Blake-Wright-Waechter, Enfermería Pediátrica, Octava edición, Ed. Interamericana, P. 324

de estímulos insuficientes." ⁹

Evolución de Aspectos Gramaticales.

En el segundo o tercer año de vida, el niño comienza a aprender, a disponer palabras en conjuntos significantes. Aprende que a sucesión de las palabras y el sitio que ocupen y el sentido que ocupan en un conjunto, destaca algo acerca del significado de la palabra. En esta etapa inicial, el niño no puede diferenciar entre las partes de la oración; sin embargo, en cuanto se unen palabras aparece una gramática rudimentaria, esta no es imitativa del habla del adulto, y las primeras frases pueden sonar extrañas a estas últimas.

Para los dos años de edad promedio ha adquirido un vocabulario de 100 palabras, o más y durante los años preescolares el niño adecuadamente adaptado aumenta, en promedio de 600 palabras al año. A los tres años de edad, con facilidad identifica objetos conocidos en figuras y puede recordar y repetir aproximadamente tres números.

A los cuatro años de edad el habla se ha convertido en arma formidable de la cual alardea, con la cual exagera, amenaza y difunde los secretos familiares en el vecindario.

Desarrollo Afectivo.

El desarrollo emocional atravieza en torno a esta edad, un periodo de transición. En efecto, si se considera la primera

=> (9) Blake-Wright-Waechter, Enfermería Pediátrica, Octava edición, Ed. Interamericana, P. 324

infancia en su conjunto hay que marcar los cambios que se realizan durante el primer año de vida.

Durante el tercer año de vida los progresos se realizan en orden cuantitativos, contrastante con los avances decididamente cualitativos que él realiza en otros momentos de su desarrollo.

En esta etapa aparecen los primeros sentimientos de propiedad, consecuencia de su egoísmo (no quiere compartir sus juguetes con otros niños, tienen caprichos). Se inician los primeros deseos de independencia, en determinadas ocasiones aparecen manifestaciones de cólera, en forma de típicas rabietas, aunque se tranquiliza con cierta facilidad al ser tratado con cariño. Al ir a dormir, le gusta que su madre esté a su lado. La madre es aún el centro de la vida de un niño de dos años, aunque el padre empieza a desempeñar un papel importante y aquél ya siente necesidad de él; la figura del padre en su vida tiene una significación muy diferente de la madre.

Juegos y juguetes.

"El juguete es como un símbolo, a partir del cual construye su propia realidad. A través del juego, realiza funciones muy importantes: se conoce a sí mismo, descubriendo el mundo de su alrededor; desarrolla su fuerza y gasta las energías sobrantes, fomenta su imaginación y fantasía; Aprende a manejar las cosas, convive con otros chiquillos; distingue la causa del efecto, y lo vivo de lo inerte. Con el juego crea un refugio y se despiertan sus sentimientos de valor, compasión, compañerismo,

justicia, etc. Por este medio, adquiere destreza motora y manual, percepción sensorial y espacial, y comienza a adquirir la sensación de dominio, confianza en sus propias capacidades y realizaciones y una imagen positiva del yo." ¹⁰

Esta actividad representa indudablemente una descarga de su agresividad; cualquier juego va a dar como resultado el enriquecimiento de la imaginación y la fantasía, factores importantes del desarrollo de su inteligencia. También a esta edad, suele decir " te mataré " a la persona que le estorba o contradice, pero es evidente que esta expresión no significa lo mismo que en el lenguaje adulto. En esta etapa aún no se da en él la conciencia moral que corresponde a la siguiente en la cual aprende a distinguir y reflexionar sobre lo que es bueno y lo que es malo; además, si el clima familiar respira amor y tranquilidad encontrará por sí mismo otras formas de expresión que no serán las de hostilidad.

3.2 Periodo del Contacto con la Realidad.

Durante el periodo de los cinco años, como la de tres, es una fase de desarrollo armónico, de calma y equilibrio mental pero aunque predominan estos hechos positivos, existe todavía un cierto número de problemas. Ha perdido ya su primera gordura, ha crecido y está más seguro de sí. Los niños de esta edad no tienen todavía capacidad para los complicados movimientos de la mano, tales como los que se requieren para la escritura, pero pueden trazar círculos y líneas.

-> (10) Enciclopedia Para la Integración Familiar, Op., Cit., P. 181

Desarrollo Psicosocial.

En este periodo de la vida existe crecimiento intelectual, social y emocional notable, en el curso del cual busca consolidar el sentimiento de autonomía e independencia adquirir iniciativa y descubrir que clase de persona llegará a ser. El mayor crecimiento mental contribuye a la formación del carácter y a la ampliación de las capacidades durante este periodo. La elaboración del lenguaje mejora las comunicaciones de padres e hijo, brinda a este último mejor dominio de sí mismo y de sus impulsos, y torna más profundo su concepto de realidad.

Desarrollo Intelectual.

"La inteligencia se desarrolla e influye poco a poco en la configuración de su entorno, lo que posibilita de que en todas sus actitudes intervengan cada vez más el entendimiento y la voluntad."¹¹

La adquisición del lenguaje también ayuda a vender la atracción de las percepciones visuales y, por ello a adelantar en la elaboración de la realidad.

Al aumentar las capacidades mentales, también se modifica la vida afectiva pues ya puede compararse con otros y de esta manera comienza a valorarse a sí mismo. Por virtud de mayor interacción con otras personas, también establece una jerarquía de valores interpersonales y adquiere las bases para conocimientos y juicios morales.

-> (11) Dr. Luis Serrat, op., cit., P. 456

Desarrollo de las Relaciones Sociales.

En esta etapa de su vida manifiesta una necesidad creciente de asociarse con los demás, desligándose de la afectividad y del egocentrismo, busca compañía y beneficio para los demás, deseando participar en sus juegos también y compartir alegrías y preocupaciones. En grupo pueden desplegarse las virtudes para hacer vida social.

Aprender a colaborar los caracteres de generosidad, consideración hacia los demás y control de los impulsos destructivos, no son innatos, sino que se adquieren gradualmente através de las relaciones con los padres y otros adultos. Se encuentran ansiosos de hacer amigos, aunque van a necesitar el apoyo de adultos y mucho tiempo para adquirir la simpatía y la capacidad para colaborar siendo estas indispensables. Otro motivo de que sea difícil para muchos preescolares llevarse con otros pequeños es que no han resuelto sus problemas propios.

Dependencia, Independencia. También pueden observarse diferencias en la magnitud de la dependencia, en niños de que acaban de ingresar en la escuela de párvulos, puede variar la conducta de una situación a otra. Un niño con gran dependencia puede aferrarse a otros adultos familiares o a desconocidos cuando se ve separado de su madre.

Los orígenes de la dependencia excesiva son complejos. Todo pequeño tiene incentivos potentes para la dependencia, con frecuencia se sienten inseguros tendrán mayor dependencia en

nuevas situaciones.

Dominio de la Agresividad.

En la mayor parte de las sociedades hay prohibiciones para expresar agresividad y conflictos en los valores acerca de la conducta agresiva. Se acepta en un sexo más que en otro, en determinadas circunstancias más que en otros, y algunos modos de expresión se aprueban en mayor medida que formas alternativas. En casi todas las sociedades, la conducta agresiva y hostil se inhibe dentro de la unidad familiar, pues la existencia ininterrumpida de la familia depende de dominar los impulsos agresivos.

Las reglas que un niño debe saber para inhibir los impulsos agresivos son bastante complejos. La mayoría aprende que expresar la agresividad hacia sus padres o hacia otros adultos revestidos de autoridad pone en peligro su seguridad, en tanto que la agresión fuera del hogar puede ser fomentada en determinadas circunstancias. Como ejemplo de ello los varoncitos deben aprender que la agresión patente hacia las niñas es inadecuada, en tanto que "no ceder terreno" con otros niños o defenderse es recompensado con aprobación.

3.3 Período de la Lógica de la Intimidad y de La Escolaridad de los siete a los diez años.

"En los años de la primaria hay crecimiento intelectual conceptual intenso y el razonamiento se torna al adquirir estructuras mentales que entrañan relaciones que permitan

coordinar distintos puntos de vista. " ¹²

Desarrollo Intelectual en la Etapa Media de la Niñez.

El desarrollo de la memoria va muy ligado al de la inteligencia. Como se puede apreciar en los años de primaria, hay crecimiento intelectual y conceptual intenso y el razonamiento se torna lógico al adquirir estructuras mentales que entrañan relaciones que permitan coordinar distintos puntos de vista.

A los seis años, es capaz de recordar frases y repetirlas de forma mecánica muchas veces, sin acabar de comprender su sentido. En cambio, a partir de los nueve años, en que como ya sabemos, su pensamiento es lógico, es decir, capaz de descubrir la causa de los hechos, su memoria también se hace lógica porque comprende la relación existente entre las cosas. Está en la etapa en que Piaget ha llamado "subperíodo de operaciones concretas", el nombre de operación denota una acción mental que entraña pensamiento para llegar a una conclusión.

En el período preescolar, ha adquirido el concepto de permanencia y constancia de los objetos; esto es, los objetos continúan a pesar de que él no esté presente y permanecen inmutables a través de impresiones perceptuales distintas, la perspectiva, la brillantes, y cosas semejantes.

Crecimiento Emocional y Social.

En los años que abarca este período va desarrollando actividades cognoscitivas más complejas y paulatinamente mejor diferenciados. Los contactos con los compañeros de escuela y con

-> (12) Blake-Wright-Waechter, Op. Cit., P. 498

adultos ajenos a la célula parental o familiar contribuyen a ampliar los horizontes intelectuales y relacionales, y le brindan nuevas oportunidades de crecimiento personal y social. En los juegos se aprecia esta evolución a través de una imposición de las reglas de juego, Estas ya no son las que dictan los padres, sino las que él es quien las crea y debe repetirlas por encima de todo. Por otra parte es capaz de plantearse problemas morales; se da cuenta de que en el mundo existen estos factores: ladrones, y que incluso entre su familia a veces hay peleas, comportamiento egoísta, mentiras, etc. Con su experiencia, deberá ser capaz de adquirir un juicio cada vez más crítico y una conciencia del bien y del mal de lo justo y de lo injusto.

Por tanto, el mal ejemplo, la hipocresía y la ambigüedad moral de los que le rodean serán nefastos para su correcto desarrollo moral más ahora que en el período anterior, por su mayor capacidad de atención, observación y reflexión.

Vida Escolar.

En la actualidad, muchas escuelas tienen programas de orientación para los niños con problemas de adaptación. Para cuidado y guía, se practican exámenes físicos y estudios psicológicos. En este momento, "la escuela representa un cambio fundamental, pudiéndole crear importantes conflictos; aunque ya iba a la escuela y, sin dejar de asistir a ella es como si hiciese una segunda entrada en ella ." ¹³ Se encuentra en

-> (13) Dr. Luis Serrat, Op., Cit., P. 481

posición de una intimidad y capaz de razonar por sí mismo, verá de pronto la escuela como un lugar en el que se le enseñan cosas nuevas que ha de aprender. Los libros, que antes eran para él algo ajeno, los verá ahora como algo suyo; pasa de ser un receptor de conocimientos en forma de juego propio de la edad anterior, a una obligación y responsabilidad de adquirirlos.

La escuela será a la vez una tarea y un conflicto. Tarea por el esfuerzo que representa, y conflicto porque unas materias le exigirán más esfuerzo, ya que tendrá más habilidad en unas áreas o materias específicas.

Un factor de importancia decisiva es la motivación que debe tener para aprender. Este interés tampoco constituye una cualidad fija en él, los maestros y los padres pueden estimularla o inhibirla con su actitud.

En general, parece ser que los maestros con un buen dominio de sí mismos, ofrecerán una imagen positiva con la que identificarse, obtienen mejor rendimiento escolar de sus alumnos, mientras si son demasiados temerosos o, en el extremo opuesto, dominantes y hostiles, no facilitan su integración.

El interés de los padres por los progresos escolares de sus hijos, así como el clima cultural que se respira en la familia, inciden muy directamente en el rendimiento escolar.

Si los adultos procuran cultivarse culturalmente están ofreciendo al escolar un patrón de comportamiento con el que sin duda le será fácil identificarse.

3.4 Período Prepuberal.

Crecimiento Emocional y Social.

La preadolescencia es el período de dos a tres años que precede a la iniciación de la madurez física. El comienzo varía según su época de maduración sexual. Mucho del comportamiento que se describe a continuación sigue manifestándose en la adolescencia. Los problemas no resueltos del pasado, reaparecen en la preadolescencia, no se discipan de súbito en la pubertad; siguen alterando la adolescencia hasta que el ahora joven les encuentra solución satisfactoria.

"Aunque este período es perturbador para el preadolescente a causa de las nuevas y desconocidas sensaciones del cuerpo y el comienzo de los cambios en la relación emocional a los demás, todavía no hay modificaciones importantes en la intensidad de los impulsos sexuales."¹⁴

La fuerza y vitalidad características de este período se traducen en el afán de estar con los demás y colaborar con ellos. Esto engendra unos sentimientos que se pueden calificar de sociales. Se muestra más equilibrado en sus manifestaciones exteriores y analiza el papel de padre, de la madre y su propia actuación en el hogar; pero no analiza todavía los sentimientos más íntimos, ni a las personas, lo cual es característico de este período.

Aparece claramente un grupo de sentimientos nuevos, mediante

-> (14) Blake-Wright-Waechter, Op., Cit., P. 596

los cuales aprecia unos valores abstractos; anhelo de verdad y de saber, problematicidad, etc... y experimenta la ilusión de participar en la vida de los adultos.

Cambios de la Conducta.

El carácter más común es la energía ilimitada. juega con vigor creciente para aliviar las tensiones y ansiedades relacionadas con la pubertad que se acerca y con el hecho de volver a enfrentarse a problemas antiguos no resueltos.

En la escuela es bullicioso y no puede estar quieto, y en el tiempo libre se dedica a deportes de competencia, actividades de grupo o pasatiempos como el cine, la televisión, lecturas juveniles y se ha podido comprobar por medio de encuestas y estudios diversos que el cine ocupa, como diversión un lugar preferente en la vida infantil, por encima incluso de la lectura.

Los impulsos agresivos se tornan más fuertes en el juego y la fantasía. También puede haber aumento notable del apetito, para dar apoyo al comienzo del crecimiento rápido y para disminuir ansiedad.

Objeto de la Pandilla.

Se empiezan a separar de sus padres durante el periodo temprano de la edad escolar, pero es más completa la separación que se lleva a cabo durante la preadolescencia. Este es el período inicial de destete psicológico, con la emancipación definitiva de los padres al final de la adolescencia.

"Esperan que sus padres respeten su necesidad de reserva,
igual como ellos se la han respetado."¹⁵

Es importante saber que en todos los grupos existen los chicos cenicientos sobre los que recae todo el trabajo, y por otro lado están los chicos listos, que saben ganarse las simpatías de la generalidad y librarse de toda obligación y responsabilidad. Esto es consecuencia del trato de que son objeto en el seno de la familia, así como del ambiente que en esta se respira. Es decir, los muchachos que en casa se sienten inseguros e inadaptados, se sentirán de igual modo en el grupo y, por tanto, serán rechazados, este no acepta los inactivos, concentrados, vanidosos, etc. Es importante advertir que los que son sometidos a un régimen familiar autoritario no son bien recibidos por el grupo, porque suelen comportarse, ya sea como muy rebeldes, ya como muy dóciles; en cambio, aquellos que han crecido bajo un régimen familiar liberal son los que tienen más iniciativas, son más capaces de organizar y de asumir responsabilidades (nótese que liberal no quiere decir abandono, sino comprensión, apertura, etc..)

En cuanto al jefe del grupo y sus cualidades, hay diversidad de opiniones, si bien es incuestionable que el líder no es el más fuerte físicamente, ni el más listo, sino el que tiene más capacidad para influir en los demás.

Normalmente sus cualidades coinciden con las de la persona

-> (15) Enciclopedia para la Integración Familiar, Pubertad y Adolescencia, op. cit. P. 117

ideal que a ellos les gustaría ser.

4 Concepto de Persona.

El concepto de persona jurídica tiene una larga y complicada historia. Es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la cual se refleja toda la trayectoria de la dogmática y la experiencia jurídica los varios significados de persona, los de su equivalente griego y sus derivaciones modernas han sido objeto de controversias entre filólogos, juristas, filósofos y teólogos. En la actualidad persona jurídica es un término altamente técnico con lo cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica, susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

La etimología de la palabra, no obstante algunos problemas, ha sido claramente establecida. Se ha corroborado ampliamente la percepción de "Aulio Gellio (c130 ac. p.) de que la locución latina persona deriva de personare, reverberar. Entre los latinos el significado originario de persona fue el de máscara, La Persona designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena."¹⁶

Galindo Garfias nos dice el vocablo "persona en su aceptación común, denota el ser humano, es decir tiene igual connotación que la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo."¹⁷

-> (16) Diccionario Jurídico Mexicano, Segunda edición, Ed. Porrúa, P. 2394
(17) Derecho Civil, Décima edición, Ed. Porrúa, P. 301

El profesor García Máynez da el nombre de "sujeto, o persona a todo ente capaz de tener facultades y deberes."¹⁸

Manuel Osorio nos dice que "Es un ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones."¹⁹

Es un ser humano con raciocinio el cual adquiere derechos y obligaciones, tiene características propias que lo diferencia de los demás entes pensantes. Como ser libre y responsable, es capaz de realizar de sus deberes y tiene conciencia de la existencia de esos deberes morales, religiosos, sociales y jurídicos.

4.1 Persona Enferma.

"Es la que sufre temporal o permanente una dolencia mental o física, siempre que una u otra la imposibilite percatarse del peligro inherente al abandono o, aún percibiéndolo, superar dicho peligro por sus propios medios."²⁰

Es todo ser humano que se encuentra en un estado de salud alterado, por diversas causas como pueden ser: los microbios, por influencias ecológicas, infecciones virales, bacterias, alteraciones mentales y psíquicas.

- > (18) Introducción al Estudio del Derecho, Trigésima Segunda edición, Ed. Porrúa, P. 271
(19) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera edición, Ed. Heliasta, P. 569
(20) Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Tomo II, Tercera edición, Ed. Porrúa P. 224

5 Concepto de Capacidad.

"Del Latin *capacitas*, aptitud o suficiencia para alguna cosa. Juridicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por si misma."²¹

Ortiz Urquidi, menciona se entiende por capacidad, "tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercer esos derechos y cumplir sus obligaciones por si mismo."²²

Galindo Garfias nos dice que Juridicamente se entiende como "la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por si misma."²³

La capacidad en Derecho, no es una, pues hay dos especies de ella: la de goce y la de ejercicio; en la inteligencia de que la de goce se le llama también capacidad de derechos o titularidad, y a la de ejercicio capacidad de obrar o negociar.

La capacidad de goce es "la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones y decimos toda persona, porque todas las personas, por el solo hecho de ser personas, la tiene ya que no es posible concebir la existencia de

-> (21) Diccionario Juridico Mexicano, Op., Cit., P. 38
(22) Derecho Civil, Tercera edición, Ed. Porrúa, P. 387
(23) Galindo Garfias, Op., Cit., P. 387

nadie sin ella." ²⁴

25 "Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones."

Es el atributo más importante de las personas, todos gozamos de esa capacidad de goce que consiste en adquirir derechos y cumplir obligaciones, esta se adquiere desde el momento en que nacemos y se extingue en el instante de la muerte.

Sin dicha capacidad no habría vida jurídica y como consecuencia no existiría la capacidad de ejercicio, ya que cuando existe la capacidad de ejercicio es cuando se lleva a la práctica la capacidad de goce, claro que con sus limitaciones; Como es el caso de los incapaces ya sea por minoría de edad, sordomudos, locos, ebrios, por enervantes, por condena criminal. No podrán gozar unos temporal y otros permanentemente.

El artículo 22 del Código Civil establece que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, amplía sus fronteras temporales al determinar desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido desde el momento de su concepción, disposición que es complementada, para su perfeccionamiento, por el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se establece que efectos legales, sólo se tiene por nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al registro civil. Y a los efectos que se

=> (24) ORTIZ Urquidi, Op., Cit., P. 297

(25) Fernando Flores González, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, Sexta edición, Ed. Porrúa, P. 55

refiere el artículo 22 es al ser heredero o legatario (artículo 1314) o donatorio (artículo 2327). Para poder adquirir por testamento o por intestado o donación se debe cumplir con el artículo 337 antes mencionado.

5.1 Derecho de la Capacidad.

La capacidad de goce, se adquiere con el nacimiento, siempre y cuando se tenga por nacido el feto, que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al registro civil y se extingue con la muerte.

Todo ser humano, tiene la capacidad de goce, ya que sin ella no existiría en la vida jurídica.

Capacidad de Ejercicio.

"Es la actitud que tienen determinadas personas para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por si mismas." ²⁶
Tiene que existir la capacidad de goce para que pueda darsela capacidad de ejercicio, se adquiere al cumplir la mayoría de edad la cual es a los 18 años, lo establece el artículo 646 del Código Civil.

El artículo 647 del Código Civil nos dice "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

6 Concepto de Incapacidad.

"Cuando una persona es privada a titulo excepcional de derecho y no puede disfrutar de una ventaja que corresponde a los demás." ²⁷

->(26) Raúl Ortiz Urquidi, Op., Cit., P. 297
(27) Ignacio Galindo Garfias, Op., Cit., P. 388

"Carencia de aptitud legal para ejercer válidamente determinados derechos."²⁸

7 Clases de Incapacidad.

La ley considera que hay dos tipos de incapaces: aquéllos cuya incapacidad es al mismo tiempo natural y legal.

a) Incapacidad Natural es cuando la persona "no tiene el discernimiento necesario para comprender las consecuencias de sus actos jurídicos."²⁹

b) Incapacidad Legal se da en el emancipado haciendo mención el código civil en el artículo 451 "Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan" en el artículo 643 "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I) De la autorización Jurídica para la enajenación gravámen o hipoteca de bienes raíces;

II) De un tutor para negocios judiciales."

Artículo 450.

Tiene incapacidad Natural y Legal.

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas enervantes.

-> (28) Manuel Osorio, Op., Cit., P. 370

(29) Ignacio Galindo Garfias, Op., Cit., P. 395

8 Concepto de Abandono

Consiste "En el desamparo consecutivo a la omisión de los deberes de asistencia, de custodia, de alimentación, de curación u de sostenimiento del niño o enfermo."³⁰

Antonio P. Moreno menciona el abandono es "la consecuencia del desamparo -más o menos grave- en que sitúa la conducta del agente a determinados sujetos pasivos, no siempre es originaria de lesiones u homicidio."³¹

En el delito de Abandono del Incapaz, surge el abandono cuando el sujeto activo se aleja del lugar ya sea momentánea o totalmente, dejando al niño incapaz o persona enferma en desamparo.

9 Clases de Abandono.

9.1 Abandono delictuoso.- Se da en el momento que la persona, el (sujeto activo) deja en total desamparo al niño incapaz o persona enferma de cuidarse por si misma; a sabiendas de lo que puede ocurrir, en este caso existe dolo.

9.2 Abandono Civil.- En el que el sujeto activo deja por un instante o momento al niño incapaz o persona enferma de valerse por si mismo. No existe en este caso intención de abandono total.

-> (30) Francisco Gonzalez de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Decimonovena Edición, Ed. Porrúa. P. 143
(31) Derecho Penal Mexicano, Ed. Jus, P. 128

Conclusión.

Las dos clases de abandono dan pauta para una sanción, ya que en el abandono delictuoso si hay intención de abandono, y en el abandono civil, existe la irresponsabilidad del sujeto activo.

Es suficiente un instante de peligro para que se de la tipicidad.

Capítulo II

Obligaciones

Introducción.

Para poder comprender el concepto de obligación, es necesario captar primero el concepto de deber jurídico, ya que aquella es una especie del deber jurídico. Por lo tanto el deber jurídico es el género, entonces se debe conocer que es un género para así facilitar el reconocimiento de las especies.

Así puede decirse que si el género es el deber jurídico, y la obligación es una especie, entonces toda obligación es un deber, pero no todo deber jurídico es una obligación.

Exponemos varias ideas de diferentes autores respecto a los conceptos de deber jurídico y obligación.

Concepto de deber jurídico lato Sensu.

Se puede entender el deber jurídico, en un sentido lato, "la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho."¹

Concepto de deber jurídico Stricto Sensu.

"La necesidad de observar voluntariamente. Una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de persona indeterminada, ya de persona determinada."²

-> (1) Ernesto Gutiérrez González, Derecho de las Obligaciones, Quinta edición, Ed. Cajica, P. 25
(2) IDEM.

El deber jurídico.- "Es una necesidad de obrar, que implica un sacrificio de la libertad del sujeto."³

Deber jurídico .- "Es una facultad que se presentará como derecho de un sujeto."⁴

Deber jurídico.- "Para excluir los otros deberes ajenos al derecho, como los de cortesía, de convivencia, de sociabilidad o de pura moral."⁵

1.- Concepto de Obligación.

Obligación.- "Es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación, de hacer o de no hacer."⁶

Obligación.- "Es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada deudor queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor pueda exigir al deudor."⁷

Rojina Villegas establece que la obligación "Es un estado de subordinación jurídica que impone al deudor la necesidad de ejecutar en favor del acreedor un hecho o una abstención de

- >
- (3) Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, Tercera edición, Ed. Harla, P. 11
 - (4) Rafael Rojina Villegas, Compendios de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, duodécima edición, Ed. Porrúa, P. 9
 - (5) Demogue citado por Luis Maria Rezzonico, Estudio de las Obligaciones, Tomo I, novena edición, Ed. Depalma Buenos Aires, P. 22
 - (6) Manuel Bejarano Sánchez op. cit. pág. 7
 - (7) Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Edición Tercera, Ed. Porrúa, P. 81

carácter patrimonial o moral." ⁸

La Obligación "Es un vínculo de derecho establecido con arreglo al derecho civil, que nos apremia (o constriñe, o sujeta) a pagar (a otro) alguna cosa." ⁹

Obligación.- "Es una relación jurídica productora de un vínculo jurídico." ¹⁰

2.- Clasificación de las Obligaciones Civiles.

Los autores Rafael de Pina y Luis Muñoz dan la siguiente clasificación:

Obligaciones Puras

- " Genéricas
- " Específicas
- " Principales
- " Accesorias
- " Positivas
- " Negativas
- " Instantáneas
- " De tracto sucesivo
- " Divisibles e Indivisibles
- " De dar
- " De hacer
- " De no hacer

-> (8) Derecho Civil Mexicano Vol. I, Quinta edición, Ed. Porrúa, P. 44

(9) Luis María Rezzonico, op, cit, P. 19

(10) Rafael de Pina, Derecho Civil Mexicano, sexta edición, Ed. Porrúa, P. 25

Las Obligaciones Puras.

Se llaman puras cuando su cumplimiento no depende de plazo ni condición alguna, las que no se encuentran sujetas a circunstancia alguna susceptible de limitar sus efectos.

Las Obligaciones Genéricas y Especificas

Hay dos tipos de obligaciones de hacer:

- a) Unas Genéricas
- b) Otras Especificas.

a) Las Obligaciones Genéricas son realizadas no sólo por el deudor, sino por cualquier otra persona, supliendo la actividad que aquel estaba obligado a desarrollar al efecto.

b) Las obligaciones especificas, al realizar algo se tendrá en cuenta calidades del deudor.

Las Obligaciones Principales y Accesorias

Obligaciones Principal.- Tienen existencia propia, no dependiendo de ninguna otra.

"La razón de su existencia está en ella misma." ¹¹

Obligación Accesorio.- Es la que depende de otra obligación su existencia se encuentra directamente subordinada.

Las Obligaciones Positivas y Negativas.

Obligaciones Positivas.- Son las llamadas obligaciones de hacer.

-> (11) Clemente de Diego citado por Rafael Pina, op. cit., pág. 107.

Consiste en realizar el hecho de dar o de hacer constitutivo de la prestación.

El incumplimiento consiste en no dar o no hacer lo que se prometió.

Obligaciones Negativas.- Las de no hacer.

Se reputan cumplidas cuando el deudor se abstiene de dar o de hacer aquella a que se comprometió a no dar o ha no hacer.

Las Obligaciones Instantáneas y de Tracto Sucesivo.

Obligaciones Instantánea.- Cuando es posible que se cumpla mediante un solo acto.

Obligación de Tracto Sucesivo.- Cuando es necesario la realización de varios actos.

Los autores Rafael de Pina y Luis Muños nos dan otra clasificación de Obligaciones.

Obligaciones Puras

Obligaciones Condicionales

Obligaciones a plazo

Obligaciones conjuntivas

Obligaciones alternativas

Obligaciones facultativas

Obligaciones mancomunadas

Obligaciones Solidarias

Definiendo estas:

Obligaciones Puras.- Se han definido también como aquellas

que no son condicionales ni a plazo.

Obligaciones condicionales

Condición.- Es el acontecimiento futuro o incierto del cual depende la existencia o la resolución de una obligación.

La Obligación es condicional, cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto.

La Condición puede ser suspensiva o resolutoria.

La Condición es suspensiva.- Cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

La condición es resolutoria.- Cuando cumplida la resuelve, volviendo las cosas a su primitivo estado.

Obligaciones a Plazo.

Son aquellas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, entendiéndose por tal el que necesariamente ha de llegar.

El plazo puede ser determinado o indeterminado:

Plazo determinado.- Si establece una fecha fija por venir y en la cuál habrá de empezar o de cesar sus efectos el negocio jurídico.

Plazo Indeterminado.- Cuando se fija un acontecimiento que inevitablemente habrá de producirse, pero no se sabe exactamente cuando será como por ejemplo, la muerte de una persona.

El término ha de ser futuro, cierto y posible. La posibilidad ha de ser física y jurídica, siendo aplicable lo dicho a este respecto al hablar de la condición adecuando el caso a un momento cierto futuro. Habrá imposibilidad física: se dijo

que un negocio empezará a surtir sus efectos el 375 días del año, porque el año no excede de 365 días y 366 en los bisiestos. También la habrá si digo que el término será el día de la mayor edad de una persona muerta.

Las Obligaciones Conjuntivas, Alternativas y Facultativas.

Obligación Conjuntiva.- El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todas las segundas si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; La Obligación es Condicional, cuando su existencia o resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

La condición puede ser suspensiva o resolutoria.

La condición es suspensiva.- cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

La Condición es resolutoria.- Cuando cumplida la resuelve, volviendo las cosas a su primitivo estado.

Obligaciones a plazo.

Son aquellas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, entendiéndose por tal el que necesariamente ha de llegar.

El plazo puede ser determinado o indeterminado:

Plazo determinado.- Si establece una fecha fija por venir y en la cual habrá de empezar o de cesar sus efectos el negocio

jurídico.

Pero no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho.

Obligación Alternativa.

Es aquella que tiene por objeto dos o mas prestaciones que se deben en tales condiciones que el deudor quede totalmente liberado, si cumple solamente una de ellas. Sostienen, que aunque la materia de esta obligación, son cosas, del mismo modo puede tratarse de hechos o de una cosa y un hecho. Entienden también que aunque el número habitual es de dos prestaciones, nada impide que sean tres o mas.

La Obligación alternativa para la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"Es aquella por la cual el deudor esta obligado a uno de dos hechos o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa de manera que satisface y se libera mediante la entrega de la cosa o la ejecución del hecho, a su elección."¹²

La finalidad práctica de estas obligaciones alternativas según Planiol y Ripert, Consiste en dar al acreedor mayores probabilidades de ser satisfecho ya que la desaparición de uno de los objetos no extingue la obligación, por lo que, tal como la solidaridad pasiva, la alternatividad de la obligación constituye una garantía del pago, como es bien notorio.

-> (12) Semanario Judicial de la Federación citado por Rafael de Pina, op. cit. P. 92

En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, así no se hubiera pactado otra cosa, siendo necesaria la notificación para que produzca efecto.

Obligación facultativa.

Son las denominaciones de obligación de pago facultativo, de sustitución facultativa o de facultad alternativa.

"Se debe a una prestación pero el deudor tiene el derecho de liberarse mediante otra, sin necesidad del asentamiento del acreedor."¹³

Esta obligación solo tiene un objeto la que puede pagarse en vez de éste constituye un medio de liberación del deudor, pero no exactamente el cumplimiento.

Obligaciones Mancomunadas y Solidarias.

La Mancomunidad "Se da cuando en una misma Obligación hay pluralidad de sujetos acreedores, de deudores o de ambos, y el objeto a pagar se considera en tantas partes cuantos acreedores o deudores existen."¹⁴

Especies de mancomunidad.- Pueden ser de tres tipos:

- a) Activa, cuando hay pluralidad de acreedores y un solo deudor.
- b) Pasiva, cuando hay pluralidad de deudores y un solo acreedor.
- c) Mixta, cuando hay pluralidad de acreedores y deudores simultáneamente.

-> (13) Luis Muñoz, Derecho Civil Mexicano, Ed. Modelo, P. 56
(14) Ernesto Gutiérrez y González, op. cit., P. 721

Derecho de los acreedores y de los deudores.

Los que les corresponde a cada uno de los acreedores o, a cada uno de los deudores: están determinados por la forma en que se divida, la deuda, y esa división puede ser de dos formas:

- a) Por ley
- b) Convencional.
- a) Por ley hablaremos más adelante
- b) División convencional de la deuda mancomunada.

La deuda se puede dividir conforme a lo que se pacta en el momento de constituirse la obligación, y los deudores y acreedores determinan cuanto debe cubrir cada uno de los deudores.

Obligación de Solidaridad.-

La Solidaridad "se presenta cuando hay pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, en una obligación, y cada acreedor puede exigir el todo del objeto, y cada deudor debe pagar todo el objeto, no obstante que ese objeto es divisible."
15

Especies de Solidaridad.

A) Activa.-, Si hay pluralidad de acreedores y un solo deudor.

B) Pasiva.- Si hay pluralidad de deudores y un sólo acreedor.

C) Mixta.- Si hay pluralidad de acreedores y deudores.

-> (15) IBIDEM, P. 724

Caracteres de la Solidaridad.

- A) Unidad de prestación
- B) Pluralidad de vínculos

A) Unidad de prestación. Los diversos acreedores o deudores, pueden exigir, o deben cumplir, la misma prestación, pero solamente una vez, pues cubierta por un deudor, o cobrada por un acreedor, la obligación se cumple y se extingue para todos los demás sujetos.

B) Pluralidad de Vínculos. El vínculo jurídico que obliga a cada acreedor o a cada deudor, es distinto e independiente para cada uno de ellos.

Fuentes de la Solidaridad.

Hay Solidaridad Activa.- cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir a cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación.

Solidaridad Pasiva.- Cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar cada una de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

Las Obligaciones Divisibles e Indivisibles.

Divisibles.- "Es aquella que tiene por objeto una prestación susceptible de cumplimiento parcial."¹⁶

En las obligaciones divisibles en las que hay más de un deudor o acreedor se regirán por las reglas comunes de las obligaciones.

-> (16) Rafael de Pina, op. cit., P. 100

Indivisible.- Es la que tiene por objeto una prestación no susceptible de cumplimiento parcial.

Las indivisibles en las que hay más de un deudor o acreedor se sujetan a las reglas que se indican:

Cada uno de los que hayan contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado la solidaridad, teniendo lugar lo mismo al respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible.

Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligandose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos, no puede por sí solo perdonar el débito total ni recibir el valor del lugar de la cosa.

Si uno de los herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible sino devolviendo la porción del heredero que haya perdonado o que haya recibido el valor.

Las Obligaciones de Dar, Hacer y No Hacer

El fundamento de esta clasificación consiste en la prestación, en dar algo, en hacer algo o abstenerse de hacer algo.

En las obligaciones negativas: mientras el deudor permanezca inerte, o sea que se abstenga de hacer lo que esta prohibido, o

tolere pacíficamente que el acreedor haga, la obligación permanece en la sombra.

La obligación de restituir, es una subespecie de la obligación de dar por lo cual cuanto se diga respecto a esta vale, en términos generales.

La prestación de cosa puede consistir:

- a) En la translación de dominio de cosa cierta.
- b) En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.
- c) En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

Obligaciones Civiles.

Las obligaciones civiles las clasifica el autor Manuel Bejarano Sánchez de la siguiente manera.

Obligación

- a) Común
- b) Reales
- c) Naturales
- d) Conjuntivas
- e) Alternativas
- f) Facultativas

Se definen estas:

La obligación Común.

En esta obligación el deudor se compromete personalmente.

"El deudor está determinado por su identidad personal."¹⁷

-> (17) Manuel Bejarano Sánchez, op. cit., P. 22

el obligado puede ser Sergio Torres o Editorial Vidal, en cuanto que son ellos mismos y nadie más, porque ellos soportan la deuda adquirida.

El patrimonio del deudor queda en garantía. " Si este no paga, el acreedor podrá hacer efectiva la obligación, trabar ejecución y embargar cualesquiera de los bienes afectables que figuren en el activo patrimonial del deudor."¹⁸

La obligación puede ser transmitida por un contrato que se llama cesión o asunción de deudas.

Ejemplo.- Usted es deudor de una mueblería por \$ 10,000,000.00 precio de una sala que adquirió a crédito. El deudor es usted en lo personal y se determina por su identificación, se le reconoce por su nombre y apellido, no se puede desembarazar de la deuda, a menos que el acreedor consienta la sustitución de deudor, y el tercero acepte reemplazarle. Se efectuaría una cesión de deuda.

Las Obligaciones Reales.

Introducción.

Los juristas reconocen que son una clase especial de obligaciones, necesidades jurídicas de cumplir una prestación en favor de otra persona, son diferentes de las obligaciones personales al ser totalmente opuestas sus cualidades.

Las Obligaciones Reales se caracterizan de la siguiente manera:

-> (18) IDEM.

1) El deudor no se encuentra ligado en cuanto a su persona o identidad personal sino que se caracteriza por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa "Son necesidades jurídicas que gravitan sobre aquella persona que posee una cosa, porque son cargos que pasan sobre esa cosa."¹⁹

2) La deuda se transmite al momento de transferir la cosa: la deuda seguirá a la cosa. Para dejar de ser deudor hay que enajenar la cosa o abandonarla.

3) Al obligado se le exige con la cosa mas no con la totalidad de su patrimonio, si renuncia se desembaraza de su deuda.

Ejemplo: Juan Noyola acepta garantizar con la hipoteca del carro cougar, año 91, una deuda de \$15,000,000.00 que su hermana contrajo con Banamex.

Juan asume obligaciones, tiene la obligación de pagar una prestación en favor de otro. (mientras sea el dueño de la cosa hipotecada).

Obligaciones Naturales.- Dan una prestación, su cumplimiento es voluntario, la cual no es obtenida por la fuerza pública.

La obligación natural, es una obligación jurídica que consiste en la necesidad de prestar una conducta en favor de un acreedor, quien puede obtener y conservar lo que el deudor le pague, no puede ser exigido por la ley.

-> (19) IBIDEM, P. 23

Origen de la Obligación Natural.

En Roma la Obligación Natural apoyada en un cumplimiento voluntario y autorizaba al acreedor a retener lo pagado. En esa época fué de utilidad porque permitió vivificar deberes, ejemplo de ello ó la obligación contraída por un esclavo.

Los juristas se han preocupado por investigar cual es su naturaleza jurídica.

Nos encontramos con opiniones diferentes en las siguientes teorías que son la teoría clásica y la teoría moderna:

Teoría Clásica.

Autores franceses del siglo pasado como Aubry y Rav, Huc, y el belga Lavrent. Preconizaron la doctrina clásica, la cual reconoce en las obligaciones naturales una obligación civil degenerada o abortada.

Ejemplo de la obligación civil degenerada sería el de la deuda prescrita: fue en su tiempo, una obligación con plena eficacia coactiva, por efecto de la prescripción, se transformó en una obligación natural, dejó de ser obligación civil, el deudor puede resistirse al pago sin responsabilidad de su parte.

Hipótesis de obligación civil abordada se tiene el caso, de la deuda de juego, a la que el ordenamiento jurídico niega ejecución coactiva por razones de interés público.

Teoría Moderna.

La jurisprudencia francesa ha descubierto que todas las

obligaciones naturales son deberes morales que alcanzan carácter jurídico porque el derecho las tiene en cuenta, la obligación natural existe cuando el deudor esté sujeto a pagar por un deber de conciencia.

Las Obligaciones Naturales se explican como un deber moral que cumplir: un deber moral de la conciencia de la sociedad y no conforme a la ética individual de persona determinada.

M. Luban (citado por Guillermo f. Margadant) ha afirmado que "Las obligaciones naturales nacen casi siempre de una misma causa, o sea, el retraso de la legislación positiva con respecto a la conciencia jurídica del momento."²⁰

Obligaciones Conjuntivas.

Introducción.

La Obligación pura y simple es aquella en que es una sola prestación de dar, de hacer, o de no hacer lo contrario lo encontramos en la obligación compleja en la cual el deudor no se libera entregando una sola cosa o prestando un unico servicio, sino que debe prestar varias cosas a la vez, varios hechos y varias cosas. Por la complicación del objeto, las obligaciones pueden ser: Conjuntivas, Alternativas y Facultativas.

Obligaciones Conjuntivas.

Es conjuntiva la obligación.- Cuando el deudor esté obligado a prestar varios hechos o entregar varias cosas a la vez y no queda liberado hasta cumplir todas las conductas requeridas.

-> (20) IBIDEM, P. 521

Clasificación de las Obligaciones Conjuntivas.

Las obligaciones conjuntivas pueden ser de contenido homogéneo o de contenido heterogéneo.

Las obligaciones conjuntivas de contenido homogéneo.- Son aquellas en las cuales todas las prestaciones por cumplir son de la misma naturaleza: lo serán la entrega de varias cosas a la prestación de varios hechos a la observación de varias abstenciones.

Las obligaciones conjuntivas de contenido heterogéneo.- Cuando su contenido de las diversas prestaciones sea de distinta cualidad, el caso en el que el deudor se obliga a entregar una cosa y prestar un hecho, y a observar una abstención.

Obligaciones Alternativas.

Son obligaciones con varias posibilidades de cumplir y el deudor escoge una de ellas para liberarse.

Ejemplo: Rogelio se obliga a comprar el libro de Derecho Penal de Jiménez de Asúa a Rocio, o darle doscientos mil pesos.

Obligaciones Facultativas.

Estas obligaciones no han sido reglamentadas por el legislador, pero la doctrina señala sus características y su creación, se dan por el convenio de las partes.

La obligación facultativa tiene un solo objeto, pero por concesión especial del acreedor, el deudor puede entregar otra prestación determinada si así lo desea.

Esta facultad la concede el acreedor a su deudor en el contrato.

La obligación facultativa y la novación por cambio de objeto, tampoco es una novación por cambio de objeto, porque en esta se extingue una obligación preexistente, creando una nueva, hay un solo objeto dentro de la prestación, existe otro concedido como pago facultativo por parte del deudor.

El autor Jorge A. Sánchez clasifica las obligaciones de la siguiente forma:

Obligaciones De Dar

- " De Hacer y De No Hacer
- " Genéricas y Especificas
- " Pecuniarias

Obligaciones de Dar.

La obligación de Dar participa íntimamente de la idea de entrega, que consiste en poner a una persona en posesión de una cosa.

La obligación de Dar tiene una función traslativa: en nuestro derecho, en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato. Es necesario tener siempre presente las dos posiciones del Registro Público de la Propiedad.

Es de destacar que la función traslativa en las obligaciones de dar , de cosas determinables, se subordina al hecho de que éstas se hagan ciertas y determinadas, con conocimiento del acreedor.

Obligaciones de Hacer y de No Hacer.

Las obligaciones de No Hacer hacen referencia a una actividad del deudor diferente del dar, y admiten dentro de su régimen la noción de fungibilidad. Es fungible la obligación de hacer cuando la prestación puede ser satisfecha por cualquier persona, es decir, cuando es indiferente la persona que las ejecuta.

También la obligación de hacer puede ser infungible cuando se haya establecida la obligación intuitu personae.

Se ha distinguido dentro de la obligación su contenido que consiste en una simple actividad o en la obtención de un resultado.

Obligaciones Genéricas.

Por género se entiende un conjunto más o menos amplio de objetos que reúnen determinadas características de las cuales se pueden predecir unas determinadas condiciones comunes.

Obligaciones Específicas.

Recaen sobre cosas ciertas y determinadas. La importancia de esta clasificación, se percibe en materia de riesgos y en la función traslativa de los contratos.

Obligaciones Pecuniarias.

Esta obligación se satisface transmitiendo la propiedad de un determinado número de instrumentos monetarios, es decir, es una obligación de dar cosas de género. Sin embargo, los instrumentos monetarios no son cosas de género como los otros: Hay explicación en función de la unidad ideal que representa y están sujetas a la ley monetaria. Nos vemos obligados a exponer, en forma breve, el régimen legal de la moneda.

La moneda es una expresión numérica; es siempre una fracción o un múltiplo de la unidad ideal que es el peso.

La moneda tiene tres funciones esenciales:

1.- Su función de instrumento de cambio. La moneda es un instrumento liberatorio: jurídicamente es un bien con una fungibilidad absoluta, que tiene curso legal y forzoso, ya que puede serle impuesto al acreedor en pago, aún en contra de su voluntad.

2.- Su función como unidad de cuenta. La moneda es un instrumento de evaluación de todos los bienes, es la medida común.

3.- Su función como instrumento de conservación de riqueza.

La moneda constituye un instrumento de atesoramiento y ahorro.

El Código Civil para el Distrito Federal da la siguiente clasificación de obligaciones en el Título Segundo:

Obligaciones Condicionales

- " A plazo
- " Conjuntivas y Alternativas
- " Mancomunadas
- " De Dar

Obligaciones Condicionales

En el mencionado Código Civil, Capítulo I se define:

La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto.

La condición puede ser suspensiva o resolutoria

Condición Suspensiva.

Cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

Condición Resolutiva.

Cuando una vez cumplida se resuelve la obligación adquirida.

El artículo 1943 hace mención a las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

Cuando la condición depende de la voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

El artículo 1948, nos menciona que las obligaciones que se hayan contraído bajo condición suspensiva y pendiente ésta, se

perdiere, deteriore o bien se mejorare la cosa que fué objeto del contrato, se observaran las disposiciones siguientes:

I.- Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación.

II.- Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

III.- Cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, éste cumple su obligación entregando la cosa al acreedor en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición.

IV.- Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación o su cumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos;

V.- Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor;

VI.- Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

EL ARTICULO 1949.

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este

resultare imposible."

Obligaciones a plazo

Capitulo II (Código Civil)

Es obligación a plazo aquella cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, entendiéndose por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar.

El plazo en las obligaciones se contará de la manera siguiente:

El tiempo para la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento, excepto en los casos en que así lo determine la ley expresamente.

Los meses se regularán con el numero de días que les correspondan.

Cuando la prescripción se cuente por días se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales, contados de las veinticuatro a las veinticuatro.

El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea, pero cuando este termina, debe ser completo.

Cuando el último día sea feriado, no se tendrá por completa la prescripción sino cumplido el primero que siga, si fuere útil.

Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse.

Si el que paga ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiere percibido de la cosa.

El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor de las dos partes.

El deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo:

I.- Cuando después de contraída la obligación, resultare insolvente, salvo que garantice la deuda.

II.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

III.- Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente substituida por otros igualmente seguras.

Obligaciones Conjuntivas y Alternativas.

Capítulo III (Código Civil)

El que se ha obligado a diversas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todas las segundas.

Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, ó a un hecho ó a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas, mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho.

En las obligaciones alternativas, la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra cosa.

La elección no producirá efecto sino desde que fuere

notificada.

El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable.

Si la elección compete al deudor y alguna de las cosas se pierde por culpa suya o caso fortuito, el acreedor está obligado a recibir la que quede.

Si las dos cosas se han perdido, y una lo ha sido por culpa del deudor, éste debe pagar el precio de la última que se perdió.

Lo mismo se observará si las dos cosas se han perdido por culpa del deudor, pero éste pagará los daños y perjuicios correspondientes.

Si las dos cosas se han perdido por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación.

Si la elección compete al acreedor y una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, puede el primero elegir la cosa que ha quedado o el valor de la pérdida, con pago de daños y perjuicios.

Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, estará obligado el acreedor a recibir lo que haya quedado.

Si ambas cosas se perdieron por culpa del deudor, podrá el acreedor exigir el valor de cualquiera de ellas, con los daños y perjuicios, o la rescisión del contrato.

Si ambas cosas se perdieran sin culpa del deudor, se hará la

distinción siguiente:

I.- Si se hubiere hecho ya la elección o designación de la cosa, la pérdida será por la cuenta del acreedor;

II.- Si la elección no se hubiere hecho, quedará el contrato sin efecto.

Si la elección es del deudor y una de las cosas se pierde por culpa del acreedor, podrá el primero pedir que se le dé por libre de la obligación o que se rescinda el contrato, con indemnización de los daños y perjuicios.

Si las dos cosas se pierden por culpa del acreedor y es de éste la elección, quedará a su arbitrio devolver el precio que quiera de una de las cosas.

Obligaciones Mancomunadas.

Capítulo IV (Código Civil)

Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.

La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito

distinto unos de otros.

Las partes se presumen iguales, a no ser que se pacte otra

cosa o que la ley disponga lo contrario.

Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación, y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado sólo parte o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.

Obligaciones de dar.

Capítulo V (Código Civil)

La prestación de cosa puede consistir:

- I.- En la translación de dominio de cosa cierta;
- II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

El acreedor de cosa cierta no puede ser obligada a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor.

La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios, salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y cantidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán en caso de pérdida o deterioro, las siguientes reglas:

I.- Si la pérdida fue por culpa del deudor, este repondrá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;

II.- Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios;

III.- Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de obligación;

IV.- Si se deteriora por culpa del acreedor este tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle;

V.- Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se pruebe lo contrario.

De las Obligaciones de hacer o de no hacer.

El artículo 2027

"Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho."

El artículo 2028

"El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado."

La clasificación de obligación que nos proporciona el autor Antonio de P. Moreno es la siguiente:

Obligacion Moral

Contractual

Legal

2.1 Obligación Moral

Es obligación moral "la que se impuso el sujeto por motivos: afectivos, ²¹ de caridad o misericordiosos, de gratitud, amistad íntima."

Ejemplo: Un recién nacido es abandonado en un lugar

(21) Antonio P. Moreno, Derecho Penal Mexicano, Ed. Jus, P. 130

solitario; al pasar por el paraje, un individuo ve un niño y le brinda auxilio, la persona no está obligada legalmente, mas sin embargo existe una obligación moral y dependerá de él si la realiza o no.

2.2 Obligación Contractual.

Es aquella que se "origina por convenios, contratos u otras estipulaciones cuyo objeto sea exigir el cuidado mismo del menor o del enfermo."²²

Ejemplo:

La nodriza, enfermera, etc.

2.3 Obligación Legal.

Son aquellas que "surgen en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela." 23. La ley agrava la sanción con privar al incumplido de su cargo, independientemente de la sanción corporal de un mes a cuatro años de prisión en el delito de personas que se encuentra establecido en el artículo 335 del Código Penal para el Distrito Federal.

2.4 De las Obligaciones de Dar.

2.5 De las Obligaciones de Hacer y de No Hacer.

Como en su momento ya las definimos, vamos a tratar el delito de abandono del incapaz en relación a las obligaciones de Dar, Hacer y No Hacer.

Los sujetos que se encuentran obligados a dar protección al incapacitado ya sea un niño o una persona enferma son los

-> (22) IBEM.
(23) IBIDEM, P. 131

parientes por consanguinidad o bien de relaciones afectivas, amistad íntima, esta clase de obligación la define el autor Antonio P. Moreno como obligación moral.

Ahora con respecto a la obligación de Hacer puede ser el caso de la celebración de un contrato o convenio en el cual el individuo se compromete a realizar cierto trabajo que en el delito de abandono del incapaz sería la nodriza o la enfermera que se encargara de cuidar al incapacitado.

Y con respecto a la obligación de No Hacer, sería la abstención de realizar el cuidado a que está obligado será dejar en abandono al incapacitado.

3 Sujeto Activo y Pasivo.

En un delito, es muy importante el sujeto activo, no se concibe un delito sin aquel, y entendemos que es el individuo que realiza el delito.

Con respecto al sujeto pasivo debe existir en todo delito y no podemos olvidar que no se da un delito sobre sí mismo, porque no es admisible un desdoblamiento de la personalidad, o sea que, no puede ser al mismo tiempo sujeto activo y pasivo.

En el delito del abandono del incapaz, el artículo 335 del Código Penal; para el Distrito Federal nos dice el que "abandone" podría ser cualquier persona, el sujeto activo pero más adelante dice "teniendo obligación de cuidarlos" o sea que la ley nos restringe al sujeto activo en este caso pueden ser los parientes

ascendientes, descendientes, el cónyuge cuando se trate de persona enferma, y el que ejerce la patria potestad o la tutela o aquellos que se encuentran obligados por contrato o convenio.

El sujeto pasivo en este caso son los que reciben la acción, el artículo antes mencionado nos indica al niño incapaz o persona enferma, por lo cual deducimos que no cualquier persona podrá ser sujeto pasivo del delito de abandono.

Capítulo III

Elementos del Tipo

Introducción del concepto de Tipo Penal

Ya sabemos que el Tatbestand es la versión a la lengua alemana de los términos latinos corpus delicti, en el siglo XVIII, fué entonces el hecho del delito.

Al irse constituyendo como doctrina independiente él es la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción. Antes de Beling se concibió el Tatbestand como conjunción de todos los caracteres internos y externos.

A partir de Beling, adquiere un papel más conciso, e importante: "El tipo legal se perfila como descripción objetiva y no valorativa."¹

1.- Concepto de Tipo Penal.

El autor Fernando Castellanos nos da la idea general del Tipo. Hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hechos humanos, mas no toda conducta o hecho son delictuosos, sean típicos, antijurídicos y culpables.

"El Tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales."²

-> (1) Citado por Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal Tomo III, Cuarta edición, Ed. Losada, P. 751, 752
(2) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigésimaséptima edición, Ed. Porrúa, P. 167

El Derecho Penal selecciona, describiendo en sus disposiciones, aquellas conductas declaradas delictuosas. Por esa razón surgen los conceptos Tipo y Tipicidad que tienen gran importancia en el estudio dogmático - analítico del delito.

"Tipo es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias."³

El contenido del Tipo puede ser meramente material o material y normativo; conjuntamente material normativo y subjetivo, o bien, material y subjetivo.

El maestro Celestino Porte Petit nos dice que el "Tipo es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa descripción material conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos."⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice que el Tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina se define como "Conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena." (Semario Judicial de la Federación, CXIX, Pág. 2887).

Tipo en sentido amplio, "Se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos."⁵

- > (3) Miguel Ángel Cortés Ibarra, Derecho Penal, Tercera edición, Ed. Cárdenas, P. 181
(4) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Duodécima edición, Ed. Porrúa, P. 335
(5) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, Novena edición, Ed. Porrúa, P. 237

En sentido restringido, el Tipo ha sido considerado "Conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del Tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito."⁶

Los Tipos penales "Son modelos o esquemas de comportamiento humano constituidos por notas que el legislador reputa esenciales para describir las acciones punibles, dejando de lado todo lo que, desde el punto de vista de los fines que persigue la ley,⁷ resulta accesorio o contingente."

El Tipo en el abandono del incapaz establece:

El artículo 335 del Código Penal del Distrito Federal dice: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido."

2.- Elementos generales del Tipo.

La ley al establecer los tipos legales, al definir los delitos, suele limitarse a exponer una simple descripción objetiva. El Tipo legal, detalla con la mayor objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. Razón por la cual la mayoría de los Tipos de la parte especial de un código tenga un contenido de descripción objetiva de conducta, realizada por simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material.

(6) IDEM

(7) LUIS C. Cabral, Compendio de Derecho Penal, Ed. Abelardo Perrot, P. 78

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

El maestro Jiménez Huerta señala, "que para que la ley penal moderna sea correcta, no bastará con que diga.

El ladrón sufrirá tal pena, sino que deberá definir la acción, que constituye al sujeto en ladrón, mediante la descripción de las peculiaridades en que consiste la acción de robar."⁸

Para Heinrich Jescheck citado por Celestino Porte Petit "los pilares básicos del Tipo son el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción, cada uno adornado de los demás elementos que los caracterizan de la forma más precisa."⁹

No dejan de ser Tipos normales los que llevan en su descripción referencias al acto y modalidades del mismo.

Mezger citado por Celestino Porte Petit dice que se trata de "elementos típicos objetivos, en los que los estados y procesos externos en que se basa la responsabilidad del agente, se aprecian por el juez mediante la simple actitud de conocimiento. El núcleo del Tipo, las referencias al sujeto activo, objeto, y las restantes modalidades pertenecen a este grupo."¹⁰

Luis Jiménez de Asúa nos habla de dos clases de elementos que intervienen en el Tipo penal estos son los elementos subjetivos y elementos normativos.

-> (8) Derecho Penal Mexicano Tomo I, Tercera edición, ed. Porrúa, P. 38
(9) op. cit., P. 341
(10) Citado por Luis Jiménez de Asúa, op. cit., P. 823

Elementos Subjetivos.

"En numerosos casos el Tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se incluye a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto."¹¹

Elementos Normativos.

"El legislador los instala, son elementos de índole normativo en que el juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, y los que exigen una valoración jurídica.

Ejemplo de ello la ajenidad de las cosas en el hurto y el robo, valoración cultural.

Ejemplo de honestidad exigida en la mujer en ciertas formas de delitos sexuales."¹²

Ernesto Beling en 1930, citado por Luis Jiménez de Asúa afirma que "todos los elementos del Tipo son puramente descriptivos."¹³ Para él los conceptos de ejercicio legítimo al hablar de actos de la autoridad, o el carácter ajeno de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino referencias jurídicas de la conducta, que conservan su función descriptiva.

Erik Wolf citado por Luis Jiménez de Asúa No está de acuerdo al concepto de Beling porque para él "Todos los elementos del Tipo tienen carácter normativo, puesto que son conceptos jurídicos y, en consecuencia, conceptos valorativos teológicamente elaborados."¹⁴

- > (11) Luis Jiménez Asúa, La Ley y el delito, octava edición Ed. Sudamericana, P. 255
(12) Luis Jiménez de Asúa, Op. Cit., P. 258
(13) IDEM.
(14) Op. Cit. P. 258

El Tipo penal o figura delictiva, como también, se le denomina a esta, a nuestro juicio, caracterizada por dos aspectos: Uno subjetivo y otro objetivo.

No creemos que esto sea tan novedoso ni revolucionario, pues en última instancia es el reflejo lingüístico de una acción humana en la realidad, que nadie niega, contiene dos ingredientes uno interno y otro externo.

Para Alberto A. Campos. El Tipo Subjetivo "debe contener referencias a estos elementos de orden espiritual, o sea lo que en derecho se llama Culpa o Dolo. Y si el subjetivo contiene lo interno de la acción con referencia a su conceptualización jurídico penal, el Tipo objetivo contendrá, como obligada consecuencia, todo lo exteriorizable de aquella, siendo representado como tal en el lenguaje mediante conceptos verbales y elementos que colaboran para describir mejor lo que estos indican.

Actuación circunstanciada, por elementos que denominamos objetivos y normativos, según sean expresiones simples, perceptibles por los sentidos o se requiera una interpretación más compleja por responder a pautas preestablecidas sea por regulaciones jurídicas, morales, técnicas, culturales, etc."¹⁵

La doctrina ha seguido caminos diferentes por cuanto a la ubicación y por tanto a la naturaleza de los elementos.

Hegler en 1914, expresa la idea de que "no todo elemento subjetivo debe conectarse con la culpabilidad ni todo elemento

-> (15) Derecho Penal, Segunda edición, Ed. Abelardo Perrot, P. 118

objetivo con la antijuridicidad." ¹⁶

Los tipos penales se integran de elementos generales y especiales.

Los elementos generales, son aquellos que invariablemente vamos a encontrar en toda descripción legal, y la falta de alguno de ellos producirá la inexistencia del Tipo y con ello del delito.

El Tipo como lo describimos, está integrado de varios elementos que estudiaremos en forma separada.

2.1 Sujeto Activo.

Jiménez de Asúa menciona "La modalidad de la acción, en cuanto al sujeto de la misma, abarca las condiciones que deben darse en la persona del sujeto para que el hecho que realice pueda imputársele; es decir, para que se produzca el riguroso ajuste en el Tipo descrito en la ley, o por el contrario señala los elementos que no precisa se den en el agente, o sea aquellos de naturaleza transmisible." ¹⁷

"Es la persona física individual que desarrolla la acción criminosa. Este elemento queda incluido en las formas "el que", "a la", "al que" haga esto o lo otro, que usa nuestro legislador en las diversas figuras delictivas." ¹⁸

¹⁹ "Es el que comete o participa del delito en su ejecución."

-> (16) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit., P. 252

(17) Op., Cit., P. 807

(18) Miguel Angel Cortés Ibarra, Op., Cit., P. 182

(19) Raúl Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Decimasexta edición Ed. Porrúa, P. 263

El sujeto de la acción jurídico-penal.

ocurre en dos formas:

a) La gran mayoría de las disposiciones penales contenidas en la parte especial empieza con las palabras: "el que mata a un hombre, el que quita una cosa a otro, el que perjudica el patrimonio, etc. Aquí, puede ser autor cualquier persona.

b) Existen también Tipos subjetivamente limitados, Tipos en los que el autor puede ser solamente un círculo determinado de personas; un extraño no puede ser tomado en cuenta como autor. Los ejemplos más importantes de esta categoría son los llamados delitos especiales, en los que la ley menciona muy especialmente a personas cualificadas, que son exclusivamente autores, como ser los empleados públicos.²⁰"

En el delito de abandono del incapaz, que se encuentra establecido en el artículo 335, del Código Penal para el Distrito Federal, los sujetos activos pueden ser:

- 1.- Los parientes por consanguinidad
- 2.- El tutor, el que ejerce la patria potestad o tutela.
- 3.- Por la celebración de contrato o convenio
- 4.- El cónyuge de la persona enferma

2.2 Sujeto Pasivo.

En todo delito debe existir un sujeto pasivo, sin olvidar que no se da un delito sobre sí mismo, porque no es admisible un

-> (20) Edmundo Mezger, Derecho Penal, Ed. Cárdenas, P. 148

desdoblamiento de la personalidad humana de modo que ésta pueda considerarse, a un mismo tiempo, como objeto activo, y desde otro, como sujeto pasivo del delito.

] qué se entiende por sujeto Pasivo ? "Es el titular del bien jurídico protegido por la ley."²¹

El Tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, y de no existir esta, no puede darse la Tipicidad, originandose cuando el Tipo requiere tal calidad, un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito impersonal.

Se puede presentar de acuerdo con la doctrina, estas hipótesis en relación al sujeto pasivo:

- a).- Que el sujeto activo y pasivo sean los mismos
- b).- Que el sujeto activo y pasivos sean distintos
- c).- Que el sujeto pasivo sea el objeto material
- d).- Que el sujeto pasivo sea distinto al objeto material
- e).- Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho.

Legislación.- El Código Penal requiere calidades personales en el sujeto pasivo, en los artículos 133 III, 189, 260, 262, 335, 336, 340, 342, etc.

"Es aquella persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito."²²

-> (21) Celestino Porte Petit, Op., Cit. P. 349
(22) Raúl Carranca y Trujillo, Op. Cit., P. 269

Jiménez de Asúa nos dice que el sujeto pasivo del delito "es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente lo son: el hombre, la persona jurídica, el estado, o la colectividad."²³

El sujeto pasivo en el delito de abandono del incapaz, requiere de calidad personal, y es el niño incapaz de valerse por sí mismo o la persona enferma. La que tiene esa calidad.

2.3 Objeto Material.

El objeto material es el hombre como ser vivo, perteneciente al mundo corpóreo, y el objeto jurídico, la vida del hombre.

"El objeto material pertenece al mundo fáctico y por ende es un objeto corporal: Una persona tanto como una cosa."²⁴ A veces, como acontece en el hombre, se confunde en el mismo cuerpo la víctima y el objeto de la acción, pero en otros actos punibles quedan diferenciados. Como ejemplo de ello el robo.

"Es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Lo son cualquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas."²⁵

"La persona o cosa sobre las cuales la acción típica se realiza."²⁶

El objeto material en el delito de abandono del incapaz, es el niño incapacitado o bien la persona enferma ya que es el que recibe la acción.

-> (23) Op. Cit., P. 90

(24) Jiménez de Asúa, Op., Cit., P. 111

(25) Raúl Carranca y Trujillo, Op., Cit., P. 271

(26) Miguel Angel Cortés Ibarra, Op., Cit., P. 184

2.4 Bien Jurídico Protegido.

Heinrich Jescheck dice, que el bien jurídico "es el concepto central del Tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos, y por tanto, un importante instrumento de la interpretación."²⁷

Pavón Vasconcelos lo define "como el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción."²⁸

La tesis más generalizada hoy, y a nuestro juicio la más correcta, es "la de considerar objeto del delito, o mejor dicho objeto de protección, los intereses o bienes tutelados por el derecho."²⁹

En el delito de abandono del incapaz, el bien jurídico que se protege es el de niño incapaz o bien la persona enferma, este bien jurídico es protegido por la ley.

2.5 Conducta.

Miguel A. Cortés Ibarra nos dice que "el Tipo penal frecuentemente hace referencia a circunstancias de carácter especial, a medios de ejecución a otro hecho punible."³⁰

Fernando Castellanos nos define la conducta " es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un fin determinado."³¹

-> (27) Citado por Celestino Porte Petit, Op., Cit., P. 350
(28) Op., Cit., P. 175
(29) Ihering Citado por Jiménez de Asúa, Op., Cit. P. 103
(30) Op., Cit., P. 182
(31) Op., Cit., P. 149

Si el sujeto activo, su comportamiento es negativo, lo llevará a una conducta Tipificada por la ley, obteniendo como resultado una sanción.

La conducta típica en el delito del abandono del incapaz, se realiza en el momento del abandono del niño incapaz o persona enferma, toda persona que se encuentra cerca del abandonado tendrá la obligación moral de prestarle auxilio, más sin embargo los que tienen la obligación legal de asistirlo son los parientes por consanguinidad, los que ejercen la patria potestad, la tutela, personas contratadas, si lo dejan desamparado serán sancionados por la ley.

] En que momento existe el abandono ?

a) En el traslado del niño incapaz o persona enferma a un lugar distinto al de su residencia y dejarlo solo en lugar aislado.

b) Cuando la persona responsable (sujeto activo) se aleja del lugar en que se encuentra el niño incapaz o persona enferma por un tiempo prolongado.

2.6 Resultado.

"pertenece al Tipo, además de la actividad desplegada, la producción de un resultado determinado; si falta in concreto se podrá hablar a lo sumo, de una tentativa, de conformidad con el artículo 43. De tal manera, los artículos 211, 212 requieren como resultado la muerte de un hombre."³²

-> (32) Luis Jiménez de Asúa, Op., Cit., P. 149

"Es la mutación o cambio del mundo exterior que se produce como consecuencia de la conducta desarrollada por el sujeto activo."³³

El resultado del abandono del incapaz se presenta como consecuencia de la conducta, lo cual es la acción de abandono del niño incapaz o persona enferma.

En este delito el resultado es de peligro porque el abandono puede ser momentáneo o total.

3.- Elementos Especiales del Tipo.

Los elementos especiales, son aquellos que por así quererlo el legislador, ha incluido en la legislación legal, para restringir su ámbito de aplicación y que además sirva de base, para obtener o agravar la penalidad.

Como elementos del Tipo encontramos los siguientes:

3.1 Medios de Comisión.

Son las formas, modos o maneras de como el sujeto activo debe de realizar la conducta.

Jiménez de Asúa dice "vamos a tratar separadamente de las referencias a los medios que se hallan contenidos en buen número de Tipos penales. Nos inclina a hacerlo así, no tanto el que ésta modalidad sea de las más frecuentes en la descripciones Típicas, sino por la importancia, ha servido de base para una de las clasificaciones de los delitos."³⁴

-> (33) Bernabé Luna Ramos, Apuntes del Primer curso de Derecho Penal.

(34) Op., Cit., P. 817.

El verbo activo con que se expresa el núcleo del Tipo no reviste, a veces, indicio de antijuricidad sino se pone en relación con el medio.

Hay casos en que el medio califica un crimen como ejemplo de ello, el veneno en el asesinato.

Nos señala Porte Petit " Los Tipos en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados; y ello quiere decir, que para que pueda darse la Tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el Tipo correspondiente."³⁵

En algunos casos los Tipos reglamentados por la ley se llegan a agravar o atenuar según el medio empleado.

El medio empleado en el abandono del incapaz, es el abandono que puede darse total o momentáneo.

3.2 Las Referencias Temporal, Especial y de Ocasión.

Nos damos cuenta que generalmente el Tipo no contiene referencias de la conducta y por tanto, al existir son irrelevantes para la existencia de la Tipicidad, por no ser exigidas.

Jiménez de Asúa: "Podemos decir, que en principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales, espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir el hecho en un Tipo legal."³⁶

-> (35) Op., Cit., P. 345
(36) Op., Cit., P. 814

Referencias Temporales.

"En ocasiones el Tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la Tipicidad." ³⁷

Jiménez de Asúa: "El homicidio puede perpetrarse de día o de noche aunque la nocturnidad puede ser agravante". ³⁸

Ejemplo de ello es el artículo 123, fracción XV, requiere que sea declarada la guerra, o rotas las hostilidades.

Referencia Espacial.

Porte Petit, menciona del mismo modo, "el tipo puede demandar una referencia especial, o sea de lugar." ³⁹

Jiménez de Asúa, "el que se cometa en la ciudad o en aquella aldea (aunque el despoblado puede agravar la pena)." ⁴⁰

Referencias de Ocasión.

La conducta delictiva puede realizarse o suceder en una "fiesta o en un entierro." ⁴¹

En el delito de abandono del incapaz no existen modalidades para llevar a cabo la conducta delictiva, no hace mención a las referencias temporales, más sin embargo si el delito acontece de noche y en un paraje solitario habrán agravantes por la razón de ser más difícil quien le auxilie.

-> (37) Celestino Porte Petit, Op. Cit., P. 342

(38) Op., Cit., P. 814.

(39) Op., Cit., P. 344.

(40) Op., Cit., P. 814.

(41) IDEM.

3.3 Elemento Subjetivo.

Es la "conducta del autor únicamente cobra relevancia típica cuando está enderezada en determinado sentido finalista. La realización externa contempla objetivamente, es irrelevante si el autor no le ha impreso especial finalidad exigida en el tipo." ⁴²

Edmud Mezger nos dice que los elementos subjetivos "se trata de sucesos Psíquicos, que se realizan en el alma del autor." ⁴³

El elemento subjetivo consiste en la marcada intención, maldad o falta de cuidado, que debe de observar el sujeto activo, al realizar su conducta, pero también consiste en el conocimiento de alguna circunstancia personal, o de hecho que tenga el activo para realizar la conducta.

Los elementos subjetivos por lo general son de finalidad, motivación, conocimiento.

En el delito de abandono del incapaz hay dos corrientes que señalan la culpabilidad en el delito.

- a) La primera sostiene que se trata de un delito doloso.
- b) La otra afirma que puede ser doloso o culposo.

a) La corriente casi unánime considera que este delito puede configurarse solamente en forma dolosa. Así recordaremos a Altavilla cuando dice que el "elemento subjetivo de este delito consiste en la intención de abandonar para eximir de la

-> (42) Miguel Ángel Cortés Ibarra, OP., Cit., P. 185
(43) Op. cit., P. 147

custodia o de la cura." ⁴⁴

b) En contra opina Amor Villalpando piensa que "el abandono puede ser cometido a través de las dos especies de la culpabilidad, o sea puede ser un abandono doloso o culposo, aseverando, finalmente que puede cometerse culposamente y que el incumplimiento de los deberes de custodia y cura, impuestos por la ley, también se puede actualizar por causa de negligencia, imprudencia, impericia." ⁴⁵ y en general por las causas señaladas en el artículo 8 del Código Penal para el Distrito Federal, nos dice.

Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales

II.- No intencionales o de imprudencia

III.- Preterintencionales

3.4 Elemento Normativo.

En los elementos normativos encontramos expresiones como "ilegitimamente (art. 162) "cheque" (art. 302) "documento" (art. 173, inc. 8) préstamo a la gruesa (art. 174, inc. 1).

Los elementos normativos "La idea de que los Tipos penales son valorativamente neutros ha sido superada por la comprobación de que las descripciones legales de las hipótesis delictivas también se integran con componentes de índole valorativa a los que se le denomina elementos normativos de Tipo." ⁴⁶

-> (44) Citado por Celestino Porte Petit, Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y La Salud Personal, Octava edición, Ed. Porrúa, P. 479

(45) IDEM.

(46) Luis C. Cabral, Op. Cit, P. 87

El maestro Rafael Márquez nos dice que "frente a los elementos normativos, la actividad del juez no es, como en los elementos descriptivos u objetivos, meramente cognoscitiva (es decir, dejar establecidos en los autos las pruebas del hecho, que acreditan el mecanismo de subsunción en el Tipo legal), sino que se trata de una actividad de carácter valorativo, lo cual no debe realizarse, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo del juez, sino con criterio objetivo, o sea, según la conciencia de la comunidad."⁴⁷

Miguel Angel Cortés Ibarra nos dice que "los elementos objetivos son apreciados en un simple acto de cognición, los elementos normativos sólo se captan mediante un proceso intelectual, que nos conduce a la valoración del especial concepto. Así por ejemplo, el término -honestidad-, empleado por el legislador en el delito de estupro, lleva en su significación una valoración ético-social, en el delito de robo, la comprensión de -cosa ajena mueble-, implica un juicio valorativo de carácter jurídico."⁴⁸

Los elementos normativos aquí, "no puede el juez atenerse a la simple descripción que hace la ley, sino que debe realizar ulterior relacionado con la situación de hecho. De acuerdo con el campo a que corresponde esta apreciación, se distinguen:

a) Los elementos de juicio cognitivo, en los cuales el juez deduce este juicio con arreglo a los conocimientos generales que ofrece la experiencia.

-> (47) Derecho Penal, Segunda edición, Ed. Trillas, P. 220
(48) OP. Cit., P. 185

b) Los elementos de juicio valorativo (emocional) que exigen una -valoración- en sentido estricto."⁴⁹

En el delito de abandono del incapaz la tarea del juzgador deberá limitarse, cuando no se cause un daño, a investigar y comprobar las constitutivas características de Tipo y valorar a su arbitrio el menor o mayor peligro corrido por la víctima.

3.5 Calidad del Sujeto Activo y Pasivo.

Son aquéllas características de orden cualitativo, que deben satisfacer éstos, para poder constituirse en tales.

Calidad del Sujeto Activo.

El sujeto activo "puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito general, común o indiferente; pero en ocasiones el Tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Esto quiere decir, que el Tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el Tipo, con relación a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida."⁵⁰

Mezger citado por celestino Porte Petit, indica que en la teoría de la codelincuencia, "la limitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es, los "no cualificados (extraños) no pueden en absoluto ser sujetos de delitos, pues bien no pueden ser autores en el sentido

-> (49) Edmund Mezger, Op., Cit., P. 147
(50) Celestino Porte Petit, Op. Cit., P. 34

extricto de la palabra, queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean por tanto sujetos del delito." ⁵¹

El maestro Rafael Márquez nos dice que "el Tipo exige, en determinadas ocasiones, una concreta calidad en el agente; por ejemplo, el artículo 341 del código penal, exige en el abandono de atropellado, la calidad de conductor de un vehiculo, el artículo 123 del citado ordenamiento al definir el delito de traición a la patria, requiere la calidad de mexicano por nacimiento o por naturalización." ⁵²

En el delito de abandono del incapaz, en el artículo 335 del Código Penal para el Distrito Federal, nos encontramos que la calidad exigida del sujeto activo, es aquella que tiene obligación de proporcionarles cuidados, de ahí deducimos que pueden ser:

Ascendientes y Descendientes, cónyuge, hermanos, o bien de relaciones afectivas, gratitud, los que ejercen la patria potestad, tutela, o por la celebración de un contrato.

Calidad del Sujeto Pasivo.

El Tipo puede igualmente exigir determinada calidad en el sujeto pasivo, y de no existir ésta, no puede darse la tipicidad, originandose "cuando el Tipo requiere tal calidad, un delito personal, y cuando el sujeto pasivo puede ser cualquiera, se trata de un delito impersonal." ⁵³

El autor Rafael Márquez en cuánto a calidad del sujeto

-> (51) IBIDEM.

(52) Op. Cit., P. 219

(53) Celestino Porte Petit, Op., Cit., P. 349

pasivo dice "el Tipo legal demanda determinada calidad en el mencionado sujeto." ⁵⁴ El artículo 342 del Código Penal, requiere, en la exposición de infante, el que este sea menor de siete años.

Jiménez Asta nos describe la figura específica a la que se asocia una pena concreta, el legislador ha exigido determinadas calidades." ⁵⁵

En el delito de abandono del incapaz el artículo 335 del Código Penal exige calidad en el sujeto pasivo, tiene que ser

- a) un niño incapaz de cuidarse a si mismo,
- b) Una persona enferma, nuestra ley no establece la edad del niño, sino a la incapacidad del menor de cuidarse a si mismo, igual a la de persona enferma.

3.6 Calidad del Objeto Material.

El Tipo exige en el objeto material calidad, para obtener el resultado deseado, de lo contrario no hay tipicidad.

En el delito de abandono del incapaz, en el artículo 335 ya citado anteriormente, la calidad del objeto material es la misma a la calidad del sujeto pasivo.

3.7 La Cantidad del Sujeto Activo y Pasivo.

3.8 La Cantidad del Objeto Material.

Son características del orden numérico, o cuantitativo que deben satisfacer o reunir éstos para poder constituirse de

-> (54) Op., Cit., P. 219
(55) Op., Cit., P. 812

acuerdo a lo establecido en el Tipo.

La doctrina, divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos:, de concurso necesario o pluripersonal.

Celestino Porte Petit nos dice, que es monosubjetivo "aquél en que el Tipo puede realizarse por uno o más sujetos."⁵⁶

"El plurisubjetivo,⁵⁷ cuando el Tipo requiere la intervención de dos o más personas."

En el delito de abandono del incapaz, nos encontramos que la cantidad del sujeto activo y pasivo, es individual, porque es realizado por un sujeto activo que puede ser: pariente por consanguinidad; y con respecto del sujeto pasivo es un niño incapaz o una persona enferma.

-> (56) Op., Cit., P. 348
(57) IDEM.

Capítulo IV

Elementos del Delito.

1. Introducción.

Las palabras crimen y delictum se usaron técnicamente en el Derecho Penal de la Edad Media y en la práctica forense. Frecuentemente se dio a la primera el estricto significado de un delito grave, y a la segunda, el de delito leve, si bien algunas veces se empleaban indistintamente uno u otro término para indicar la transgresión de la norma que acarrea una pena.

El delito, a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones necesarias surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor; fuera éste hombre o bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladoras de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la aplicación de la sanción represiva. Del delito se han ocupado otras ramas del conocimiento humano como es la filosofía y la sociología. Nosotros damos algunas definiciones de autores y de la ley.

1. Concepto de Delito.

La palabra delito "deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."¹

La definición del delito es siempre o casi siempre "el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada descubre. Decir del delito que es un acto penal por la ley."²

Carrara consideró al delito como "la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, normalmente imputable y políticamente dañoso."³

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 7 define el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Tal concepto es puramente formal al caracterizarse por la amenaza de sanción a ciertos actos y omisiones, otorgándoseles por ese único hecho el carácter de delitos. Los propios autores del Código de 1931 han admitido lo innecesario de la inclusión del precepto definitorio, por no reportar utilidad alguna y por el inconveniente de, ser como toda definición, una síntesis incompleta.

Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal.

- > (1) Fernando Casfollanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigésimoséptima edición, Ed. Porrúa, P.125
(2) Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Cuarta edición, editorial Losada, P. 24
(3) Citado por F. Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Novena edición, Ed. Porrúa, P. 164

De éste desprendemos que el "delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos a un criterio pentatómico."⁴

Entendemos por delito la acción que realiza una persona en contra de un bien mueble, o persona obteniendo resultados negativos.

2. Concepción Unitaria y Analítica.

La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo. Consecuentemente, la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas: existencia del delito, su inexistencia y aparición.

Dos corrientes opuestas pretenden establecer el criterio privatista de estudio del delito.

Concepción Unitaria o Totalizadora.

"Los unitarios consideran al delito como un bloque monolítico, presentándose, como una entidad que no se deja escindir (dividir) en elementos diversos, que no se deja, para usar una expresión vulgar rebanar.

Es decir el delito es un todo orgánico, una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, y su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: solo mirando el delito bajo ese perfil, es posible

-> (4) F. Pavón Vasconcelos, op. cit., P. 165

comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea."⁵

3. Concepción Analítica o Atomizadora.

"La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; de aquí que estamos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran la inconsistencia de las objeciones de los unitarios. Por otra parte, reconocemos las más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli; de que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica."⁶

En la concepción analítica encontramos dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito; concepciones que desde la bitómica a la hexatómica pueden formarse con elementos diferentes.

Nosotros aceptamos la segunda concepción, la cual, sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos. Ya

-> (5) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Duodécima edición, Ed. Porrúa, P. 197
(6) IDEM.

"Francisco Carrara hablaba del ilícito penal como una disonancia armónica, por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad."⁷

Jiménez de Asúa dice solo "estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionados por las leyes."⁸

Para iniciar el estudio de los elementos del delito y de sus aspectos negativos, debemos precisar ciertos conceptos, como son los presupuestos y elementos.

Manzini empieza por dar un concepto de presupuestos del delito, precisando se trata de elementos positivos o negativos, de carácter jurídico, anteriores al hecho y a los cuales depende la existencia del título selectivo de que se trate."⁹

Nos define los presupuestos del hecho, estimando éstos como los "elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia se requiere para que el mismo, previsto por la norma, integre un delito, de manera que su ausencia quita carácter punible al hecho."¹⁰

Massari precisa la distinción entre presupuestos generales y particulares, según funcionen en todos los delitos o en cada uno de ellos.

Señala como presupuestos generales " a) el precepto penal

-> (7) Citado por Fernando Castellanos, op. cit., P. 129
(8) La Ley y el Delito, Segunda Edición, Ed. Herines, P. 225
(9) Citado por F. Pavón Vasconcelos, op. cit., Pág. 177.
(10) IDEM.

sancionado; b) la existencia de una sanción, pues sin ellos todo delito sería inexistente."¹¹

El maestro Porte Petit, adopta una postura dual aceptando la existencia de presupuestos del delito como de la conducta o del hecho, en razón de que el tipo puede describir una conducta o un hecho.

Massari ha hecho notar, a este respecto, que uno de los presupuestos fundamentales del delito, es el precepto penalmente sancionado, o sea aquella parte de la norma penal que prescribe, bajo la amenaza de una pena, una determinada conducta.

- a) La norma penal
- b) El sujeto activo y pasivo
- c) La imputabilidad
- d) El bien tutelado
- e) El instrumento del delito.

Como el delito está formado por varios elementos, los llamados presupuestos generales del delito, serán en su caso, presupuestos de cada uno de dichos elementos. Así el sujeto activo, lo será del elemento objetivo: Conducta o hecho; el tipo o norma penal, de la tipicidad; el mismo tipo, de la antijuridicidad; la imputabilidad, de la culpabilidad; y de la punibilidad, considerandola como consecuencia del delito.

Existe una corriente que no está de acuerdo a la clasificación de los presupuestos en generales y especiales, en

-> (11) IBIDEM, P. 178

esta corriente se encuentra Steffano Riccio, "al estimar que la distinción entre presupuestos generales y especiales, es inadmisibles, lo que se define como presupuesto especial, no es sino modificación o del sujeto activo o del objeto del delito o del pasivo o del bien lesionable."¹²

La ausencia de un presupuesto de la conducta o del hecho implica la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos en el tipo.

4. Elementos del Delito.

Elemento, del latín elementum, significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo, no obstante los argumentos en su contra, no es suficiente para justificar el abandono de un término que de tiempo inmemorial ha sido adoptado por la ciencia penal y que está profundamente arraigado en la práctica del derecho.

No existe una terminología unánime. Se dice elementos, aspectos, caracteres o bien elementos y caracteres, requisitos, presupuestos de punibilidad y fuerzas del delito. Por su parte "Petrocelli citado por Celestino Porte Petit, asienta que las excesivas distinciones acerca del significado de los términos elementos, aspecto, requisitos, caracteres, etc. No ayudan a la claridad del tema."¹³

Debiéndose admitir que la acepción adecuada para denominar las notas esenciales del delito, es la de elementos, a la que

-> (12) Citado por Celestino Porte Petit, op. cit, Pág. 208
(13) IBIDEM, P. 215

hace por otra parte referencia la Constitución General de la República, en el artículo 19: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquel..."; y el Código de Procedimientos Penales, en el artículo 115, fracción I igualmente alude a elementos, cuando determina que "si para la comprobación del delito, de sus elementos..., y que en todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por la comprobación de los elementos materiales del delito."

Los Elementos del Delito en sus Dos Aspectos.

De la definición dogmática del delito que hemos dado antes se deducen explícitamente una serie de características constantes o variables que ofrecen su lado negativo lleno de significaciones para el penalista.

Aspecto Positivo	Aspecto Negativo
Conducta	Ausencia de Conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuricidad	Causa de Justificación
Imputabilidad	Inimputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas absolutorias.

Porte Petit nos dice que "desde hace tiempo es en el sentido de que entre los elementos del delito hay una prelación lógica,

cuales por otra parte, hacen que adquiera precisión y claridad el término de delitos de comisión por omisión.

La expresión acción no es la adecuada, porque no contiene o abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a esta. La acción implica movimiento y la omisión, todo lo contrario: inactividad. Vienen a constituir cada una de ellas el anverso y reverso de una medalla, y si son términos antagónicos, uno de ellos, no puede servir de género para el otro, independientemente de que el término acción no incluye al resultado material o sea el hecho."¹⁵

Márquez Piñero también se muestra partidario de llamarle acción al primer elemento del delito.

Divide la acción en A) Sentido Amplio y B) Sentido Estricto.

A) Acción en sentido Amplio.

"La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación, exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: a) un hacer positivo, y b) un no hacer. La primera constituye la acción en sentido estricto y la segunda la llamada omisión.

Los elementos de la acción en sentido amplio son los siguientes a) manifestación de voluntad b) resultado y c) relación de causalidad entre aquella y éste.

a) manifestación de la voluntad.

La manifestación de la voluntad es la actividad externa del

-> (15) IBIDEM, P. 230

hombre., la voluntad ha de ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado.

b) El resultado.

El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.

c) Relación de Causalidad.

Se sabe que el delito es, en primer término, un acto humano que comprende, por una parte, el movimiento corporal de la acción ejecutada o la acción esperada y no ejecutada (omisión) y por otra, el resultado daño producido o la potencialidad de usarlo (peligro) que también es resultado porque produce un cambio en el mundo Psíquico externo. Para que el resultado pueda inculparse, precisa existir un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta del ser humano y el resultado ¹⁶ sobrevenido."

B Acción en sentido estricto.

"La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado.

Aunque son dos los elementos voluntad y actividad corporal que entran en el concepto de acción, ésta es un concepto unitario en tanto que hay simultaneidad de ambos.

De lo anteriormente expuesto se deduce lo siguiente:

-> (16) Derecho Penal, segunda edición, Ed. Trillas, P. 155

La manifestación de la voluntad es la actividad externa del hombre, la voluntad ha de ser consciente, espontánea con un motivo determinado.

b) El resultado.

El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de este mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.

1 Los actos no voluntarios, los llamados movimientos reflejos, los movimientos corporales causados por una excitación de carácter fisiológico.

2 Cuando no hay movimiento corporal externo, tampoco hay acción. Por tanto, los pensamientos, ideas e intenciones no pueden ser considerados como acciones en sentido penal.

3 Finalmente, el efecto del acto, el resultado, tiene que estar sancionado en las leyes penales, artículo 7 del código penal mexicano, o sea tipificado y conminado con una pena."¹⁷

Entre los que lo denominan acto se encuentra Jiménez de Asúa, "No decimos hecho porque es demasiado genérico, con esta palabra se designa todo acontecimiento, nazca de la mano o de la mente del hombre, o acaezca por caso fortuito, hablar de acción in genere y de comisión y omisión como sus formas específicas; pero acción, puesto que es efecto de hacer en nuestra lengua, sólo con esfuerzo y violencia podrá servir para indicar el no hacer. En cambio acto, aunque aparezca como sinónimo de acción,

=> (17) IBIDEM, P. 162 y 163

también lo es del hecho y posee así más elasticidad semántica."
18

Algunos autores piensan que acto es la denominación apropiada para abarcar el hacer y el no hacer, y otros lo rechazan a nuestro juicio acertadamente.

El acto al igual que la acción, implica únicamente un hacer, y por tanto, no puede comprender a la omisión que constituye lo contrario a aquél, En el campo del hacer, el acto tampoco es aceptable, pues a veces viene a ser la acción en sí y otras, forma parte de la misma, al estar constituida por varios actos. Otros autores indican que en cierto sentido, el acto tiene valor más lato que la acción o el hecho, porque el acto, en relación al proceso físico, puede reducirse a un movimiento instintivo automático irreflexivo del cuerpo humano, en tanto que la acción y el hecho son manifestaciones siempre y exclusivamente gobernadas por la voluntad.

El Código Penal mexicano se refiere a acto en los artículos "7, 18, 19, 146, fracción III;..."

Artículo 7.- "Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales..."

Artículo 18.- "Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos."

Artículo 19.- "No hay concurso cuando las conductas
-> (18) Op. cit., P. 333.

constituyen un delito continuado."

Artículo 146.- "Serán considerados piratas:

III- Los corsarios que, en caso de guerra...

no hagan el corso sin carta de marca o patente... de ninguna de ellas,..., pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados...".

Al referirse a acontecimientos, " es la mutación en el mundo exterior, se refiere a la consecuencia de la conducta, al resultado material, que constituye uno de los elementos del hecho." ¹⁹

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta o hecho para denominar al elemento objetivo del delito expresado. "Nosotros pensamos que no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento material del delito, según la descripción del Tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que al delito lo integra una conducta o un hecho humanos y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo." ²⁰

"Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta, y otras, hecho, cuando la ley requiere la producción de un resultado material, unido por un mero causal. Si

-> (19) Porte Petit, op. cit., P. 232
(20) IBIDEM, P. 229

el delito es de mera actividad o inactividad, debe de hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así pues el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el Tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir un resultado material." ²¹

Castellanos Tena prefiere el término conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

Nos hemos referido a las diversas denominaciones del primer elemento del delito, pasaremos a su estudio.

El maestro Fernando Castellanos, define la conducta como "El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." ²²

Pavón Vasconcelos expresa "la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria." ²³

Porte Petit señala "la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa)

-> (21) Fernando Castellanos Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigesimoséptima edición, Ed. Porrúa, P. 148

(22) IBIDEM, P. 149

(23) Manual de Derecho Penal Mexicano, séptima edición, Ed. Porrúa, P. 63

dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin. Por lo tanto la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción." ²⁴

Jurisprudencia.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que, dentro del significado conducta, debe entenderse el comportamiento corporal voluntario" (Semanario Judicial de la Federación, CXII, P 1850).

Ahora bien, el sujeto, con su actuar voluntario, viola siempre un deber, el cual en los delitos de acción es de abstenerse por contener un mandato de no hacer, por ello en tales delitos se viola siempre una norma prohibitiva.

La Omisión viene a ser otra de las formas de la conducta llamada también Omisión Simple.

La Omisión, puesto que corresponde a una norma imperativa (legal), es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por la iniciación queda inerte. Al llegar a este punto debe de establecerse la naturaleza de la omisión, de ahí que cabe afirmar la trascendencia social de la omisión, al ser inserta en el derecho se hace ya una valoración de primer grado y deberá contemplarse además normativamente para encontrar el fundamento de su

-> (24) op. cit, P. 234

punición y entender en ella exista el nexo causal.

Cuello Calón señala que la "Omisión es la conducta inactiva, pero para que haya omisión, esta inactividad ha de ser voluntaria. Se trata de una conducta humana (manifestación de voluntad) concretada en un no hacer, pero no toda inacción voluntaria constituye una omisión penal. Para la existencia de ésta, se necesita que la norma penal establezca un deber legal de hacer. En definitiva, puede definirse la omisión "como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado."²⁵

Jiménez de Asúa nos dice "Esta es la simple omisión que llamaron propia con exactitud los penalistas y que ahora vuelven a usar ese término, que contraponen a la omisión impropia. Los llamados delitos de comisión por omisión no son omisivos sensu stricto, a no ser que vinculemos esta clase de infracciones al no hacer concreto, con independencia de la norma que se ataca y del resultado que se obtiene. En efecto: los delitos de comisión por omisión consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada. Por tanto, a no ser que concentremos la idea de la omisión en la conducta de inercia, prescindiendo de la clase de resultado, no podríamos llamar omisiones a las que cometen un delito que altera el mundo externo."²⁶

Ignacio Villalobos estima que "el no hacer es precisamente

-> (25) Citado por Rafael Marquez Piñero, op. cit, P. 164
(26) Op. cit, P. 389

la causa del resultado en el sentido valorativo del derecho. Si de acuerdo con la organización social el hijo puede esperar las atenciones y los cuidados de sus padres, el abandono de un menor, es la causa de los peligros y daños consiguientes, pues la voluntad del agente manifestada por un acto negativo, no prestando los auxilios y las atenciones debidas, es lo que altera el orden jurídico preestablecido y, al suprimir las soluciones arregladas para un estado de indefensión propia, ha renacer todos los peligros inherentes a tal situación. Si se suprime en la mente esa omisión de cuidados y se suponen prestados éstos conforme a las normas de la organización social, el resultado desaparecerá también."²⁷

El maestro Porte Petit define a la omisión simple "en el no hacer, voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición."²⁸

Señalaremos sus elementos al igual que hicimos con la acción. Algunos autores consideran en la omisión, el mismo número de elementos que en la acción.

Cuello Calón expresa que en la omisión concurren tres elementos: Un acto de voluntad, una conducta inactiva, deber jurídico de obrar. Jiménez de Asúa señala tres elementos: manifestación de voluntad, resultado y relación causal entre ambos.

-> (27) Derecho Penal Mexicano, tercera edición, Ed. Porrúa, P. 256
(28) Op. cit, Pág. 239.

Los elementos de la omisión son:

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

a) Voluntad o Culpa.

La voluntad en la omisión consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir en querer la inactividad, o realizarla culposamente. En consecuencia, en la omisión existe, al igual que en la acción, en su caso, un elemento psicológico: querer la inactividad o llevarla a cabo en forma culposa.

b) Inactividad o no hacer.

La omisión estriba como hemos afirmado en una abstención o inactividad voluntaria o culposa, violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse.

c) Deber Jurídico de Obrar.

Se dice que no debe ser incluido el deber jurídico de obrar, como elemento constitutivo de la omisión. Al introducir el elemento normativo en toda forma de omisión, se acaba de confundir el problema de la omisión, no sólo con el de la antijuricidad, sino también con el de la culpabilidad.

La antijuricidad en los delitos de pura omisión no ofrece variantes con respecto a los delitos de comisión, y como en la omisión se impone bajo pena el cumplimiento de una determinada

actividad, ella es siempre antijurídica, salvo el caso excepcional de que medie un fundamento de justificación.

El deber jurídico de obrar, consiste en una acción esperada y exigida en los delitos de omisión simple, debe estar contenida en una norma penal.

d) Resultado Típico.

El resultado en la omisión simple es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

En los delitos de omisión simple se encuentran.

Artículo 158.- "Se impondrán de quince días a dos meses de prisión.

I.- Al reo sometido a vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se pidan sobre su conducta."

Artículo 176.- "Al empleado de un telégrafo, teléfono o estación inalámbrico, que conscientemente dejarensmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario el que recibiere de otra oficina..."

Artículo 178.- "al que, sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobe deciere un mandato legítimo de la autoridad..."

Artículo 335.- "Al que abandone un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de

cuidarlos...".

La comisión por omisión, es la tercera manifestación de la conducta, existen cuando se logra una verdadera mutación en el mundo exterior, no haciendo aquello que se espera del agente.

Jiménez de Asúa nos dice en los delitos de "Comisión por Omisión, aunque a veces aparecen taxativamente formulados en los Códigos, no suelen definirse como tales. Lo que acontece es que la gran mayoría de los tipos concebidos como de hacer, pueden perpetrarse no haciendo, no son de peligro abstracto sino que suponen el riesgo concreto, que desemboca en la violación de una norma prohibitiva."²⁹

Porte Petit define a la Comisión por Omisión, "Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario o (culpa), violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva."³⁰

En los verdaderos delitos de comisión por omisión concurre la voluntad externa del no hacer tendiente al resultado. Este delito engendra un peligro concreto, y no suele estar especificado en la ley., al contrario, los Códigos definen los delitos conforme a la norma prohibitiva, pero la acción puede reemplazarse en casi todos los casos por la omisión.

Los elementos del delito de Comisión por Omisión son:

a) Una voluntad ocupada

-> (29) Op. cit, P. 405
(30) Op. cit, P. 243

- b) Inactividad
- c) Deber de Obrar
- d) Resultado Típico y Material

a) y b) véase lo expuesto con relación a la omisión propia.
c) Deber de Obrar y Deber de Abstenerse.

A diferencia del delito de omisión simple, en el delito de comisión por omisión, existe un doble deber: deber de obrar y deber de abstenerse. Por tanto da lugar a un "tipo de mandamiento y de prohibición.

d) Resultado Típico y Material. En el delito de comisión por omisión, se produce un cambio en el mundo exterior, al violarse la norma prohibitiva. En consecuencia, hay un doble resultado: Típico o jurídico y material.

La distinción entre los delitos de simple omisión y los de comisión por omisión es:

a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.

b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y los de comisión por omisión, un resultado típico y material.

c) En la comisión simple lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona

no la omisión en sí, sino al resultado producido por ésta. En otros términos, en los delitos de omisión en simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva; en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

d) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

Nuestro Código Penal se refiere a los delitos de comisión por omisión, en los artículos 177 (relacionado con el 176), 225-VII, 229.

Artículo 176.- "Al empleado de un telégrafo, teléfono o estación inalámbrica que conscientemente deje de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario ...".

Artículo 177.- "Si resultare daño, se duplicará la sanción fijada por el artículo anterior.

Artículo 225.- Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:

VII.- Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o conceden a alguien una ventaja indebidos".

Artículo 228.- "Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, ... contenidos en la ley General de Salud ..., en su caso: ...".

Artículo 229.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado ... a la autoridad correspondiente".

En el delito de abandono del incapaz, la conducta que se exterioriza es el abandono. (elemento material), que es realizado por el sujeto activo, el cual es el obligado a cuidar del incapaz hasta que lo requiera. El abandono consiste en privar por acción u omisión al menor o al incapaz, de aquellos cuidados sin los cuales quedan expuestos a sufrir un daño en la salud o en el cuerpo o incluso a morir.

Ausencia de Conducta.

Al estudiar el aspecto negativo comenzando ahora, dentro de la prelación lógica con la ausencia de conducta, es decir con la inexistencia del elemento material del delito.

Respecto de la denominación que del aspecto negativo del delito nos da el Código Penal de 1931.

El capítulo IV, denominado circunstancias excluyentes de responsabilidad, se encuentra incluido en el Título Primero del Libro Primero del Código Penal; expresión que ha sido sumamente criticada.

José Almaraz, considera que "el vocablo es inadmisibles, pues circunstancia es accidente de tiempo, de lugar, persona, etc., unido a la esencia de un ser, cosa o acto., pero tratándose de materia jurídica, ese accidente alcanza tan extraordinaria

importancia, que deja de ser accidente y se transforma en algo esencial."³¹

Carranca y Trujillo "no está de acuerdo con la redacción utilizada por la ley penal, al sostener que debe usarse la expresión causas que excluyen la incriminación."³²

El Código de 1871, en el capítulo II, del Título Segundo, se refiere a circunstancias que excluyen de responsabilidad criminal. Igualmente en los trabajos de revisión al Código Penal de 1871, se utilizó el mismo término.

El proyecto del Código Penal de 1958 establece en el artículo 12: "No habrá delito cuando obre ... ". Y en la exposición de motivos se dice: " Con el fin de evitar los problemas inherentes a la denominación de los aspectos negativos del delito, se han rechazado los términos usados tanto en los códigos mexicanos como en los extranjeros de causas que excluyen la responsabilidad Excluyentes, etc., por ser inexactas dichas connotaciones. En la actualidad la doctrina ha separado con más o menos claridad los diversos aspectos negativos del delito; así se habla de ausencia de conducta o de hecho, de atipicidad, de causas de justificación, de causas de inculpabilidad, y de excusas absolutorias.

Hemos insistido en que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar

-> (31) Citado por Porte Petit, op. cit, P. 318
(32) IDEM.

de las apariencias.

Es pues la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impositivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible, entendiéndose por ella, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por otra violencia física humana e irresistible.

Jiménez de Asúa nos dice la fuerza irresistible es cuando el hecho punible se realiza por constreñimiento físico o coacción moral, el autor que viola la norma jurídica sabe bien que comete un acto punible; pero el hecho a que ha dado existencia no es la manifestación de su voluntad, en su causa puramente física."³³

Porte Petit dice en efecto, la fuerza física irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucra una actividad o inactividad voluntarias. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería efectuar. En consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o, inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: "la voluntad. Se ha estimado y con razón, que en estos casos el

-> (33) Op. cit, P. 729

hombre actúa como un instrumento, como actúa la pistola, el puñal, la espada, el mosquete, etc., en la mano del hombre para realizar un delito, y sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza física irresistible, en tanto se dice, como sancionar a cualquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente." 34

Jurisprudencia.

La Suprema Corte nos dice debe entenderse por fuerza física exterior irresistible, cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que ha querido ejecutar. (Semanao Judicial de la Federación, LXXXIV, p. 175 y 3093, 5a. época).

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actúo en virtud de una fuerza física exterior irresistible cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella. (Semanao Judicial de la Federación, XCIII, p. 2018).

Elementos

Se desprenden de la vis absoluta los elementos siguientes:

- a) Una fuerza,

-> (34) Op. cit, P. 323.

- b) Física,
- c) Humana, e
- d) Irresistible

Existe una vis absoluta y una compulsiva y entre ambas hay igualdades son:

- a) Una fuerza
- b) Humana, y
- c) Exterior

Hay diferencias entre la vis absoluta existe una fuerza física y en la vis compulsiva, moral. En la primera, esa fuerza física es irresistible y en la vis compulsiva, no lo es, porque el sujeto pasivo puede elegir entre la realización o no de la conducta, es decir es irresistible. La vis absoluta constituye un aspecto negativo de la conducta, en tanto que la vis moral, puede ser una causa de inculpabilidad por inexigibilidad, o bien, una causa de inimputabilidad.

a) En relación a la vis maior Pavón Vasconcelos señala, "En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta. actividad inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales."³⁵

Si comparamos la vis absoluta y la vis maior, se observa que en ambas hay ausencia de voluntad, y por ende, la fuerza mayor

-> (35) Op. cit, P. 257

igualmente constituye un aspecto negativo de la conducta. Por lo que hace a las diferencias, encontramos únicamente, que en la fuerza mayor la fuerza física e irresistible, proviene de la naturaleza o de los animales, a diferencia de la vis absoluta en que la fuerza física procede del hombre.

b) Los movimientos reflejos constituyen el aspecto negativo de la conducta, es decir; no hay una forma de ésta: acción, porque falta la voluntad.

"Son movimientos reflejos, nos dice Antón Oneca, aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia."³⁶

Jiménez Asúa al ocuparse en 1931 de la teoría jurídica del delito, comprendimos como específicas causas de "ausencia de actividad" o "falta de acto" el sueño, y el sonambulismo, el hipnotismo y la sugestión.

"a) El sueño y el sonambulismo, en que incuestionablemente falta toda conducta inculpada. En puridad no deben incluirse aquí, ni el estado de embriaguez del sueño, ni siquiera el estado crepuscular hipnótico, pues en su corto circuito hay un elemento de primitiva volición."³⁷

Para el profesor Ignacio Villalobos, "el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, o una actio liberae in causa, cuando el responsable la prevé y la

-> (36) Citado por Porte Petit, op. cit, P. 324

(37) Op. cit, P. 691

consiente al entregarse al sueño. Finalmente admite la posibilidad que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilancia existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alucinaciones oníricas, que hayan al sujeto consumir actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente."³⁸

Existen dos posiciones en relación con los durmientes:

a) Quienes estiman que se trata de una causa de inimputabilidad.

b) Los que sostienen que constituye una ausencia de conducta.

El que esta dormido o sea el durmiente, no tiene dominio sobre su voluntad y de aquí la tajante diferencia entre el durmiente y el que se encuentra en estado de vigilia, debiéndose concluir, que el sueño constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se ésta en ese estado, no existe voluntad, la cual forma parte integrante de aquella como elemento de la misma.

Jiménez de Asúa nos dice que "el hipnotismo es un conjunto de situaciones especiales del sistema nervioso, producidos por maniobras de carácter artificial."³⁹

Con relación al hipnotizado, pueden presentarse los casos siguientes:

-> (38) Op. cit, P. 408
(39) Op. cit, P. 708

a) Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una actividad tipificada por la ley penal.

En este caso el sujeto no es responsable. Unos piensan que se trata de ausencia de conducta, y otros, de una causa de inimputabilidad.

b) que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.

En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la actio liberae in causa, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

c) Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella, según el caso.

En el delito de abandono del incapaz, hay ausencia de conducta, al no haber movimientos reflejos, no existe la acción del abandono. (no hay voluntad).

6 Tipicidad Atipicidad.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun 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.

Jiménez de Asúa nos dice que "la tipicidad, en cuanto carácter del delito, se emplea aquí como la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción."⁴⁰

El maestro Jiménez Huerta, con la sagacidad que le caracteriza afirma que "la tipicidad es una expresión propia del derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político nullum crimen sine lege. Bien con el nombre con que técnicamente ahora se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el comienzo de los regimenes de derecho el fundamento del hecho punible."⁴¹

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

-> (40) Op. cit, P. 746

(41) Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Quinta edición, Ed. Porrúa, P. 20

Jurisprudencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido:

"Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, 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, es decir la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos.". (Semanario Judicial de la Federación, CXVII, P. 731).

Función de la Tipicidad

La función de la tipicidad como concepto, en el derecho penal, no se distingue de la función propia que corresponde a los preceptos jurídicos pertenecientes a las demás ramas del derecho.

Jiménez Huerta rechaza semejante afirmación y le atribuye una manifiesta inexactitud, aduciendo dos razones:

"Primera. La función descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad que para los efectos sancionadores realiza la tipicidad, el Tipo no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que desempeña los preceptos jurídicos de las demás ramas jurídicas. La función constitutiva propia de estas ramas jurídicas es abiertamente creadora, en oposición a la función del derecho penal, que es restringida, limitada y típicamente encauzada en el modelo penal.

Segunda. Hay una diferencia formal evidente entre la antijuridicidad derivada u originaria de los preceptos jurídicos de las diversas ramas del derecho, y la antijuridicidad tipificada en el derecho penal. La primera, la relativa a los preceptos de las otras ramas jurídicas no penales, no está descrita con especificación concreta de los hechos en que ha de plasmar; a su vez la segunda, la penal, es siempre descrita mediante referencias concretas y fácticas de la conducta." ⁴²

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Liberal, por no haber delito sin tipo legal (nulum crimen sine lege, equivalente a nulum crimen sine tipo).

Para Luis Jiménez de Asúa, "La tipicidad desempeña una

-> (42) IDEM.

función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad para concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no solo es pieza técnica, es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad."⁴³

La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento material porque puede contener el tipo, además algún elemento normativo o subjetivo del injusto. Consecuentemente la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Recordamos las hipótesis del homicidio, lesiones y daños en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elemento objetivo y normativo); atentado al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto), y abuso de confianza y robo (elemento objetivo, normativo y subjetivo del injusto), debiéndose observar que la tipicidad tendrá una mayor o menor extensión, según el contenido del propio tipo.

En el delito de abandono del incapaz, el tipo que describe la ley en el artículo 335 del Código Penal, "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos,...". En el momento que se cumpla el abandono se presenta la tipicidad, al haber un enlace entre el hecho real y la imagen expresada en la ley. El hecho real es cuando el sujeto activo deja en abandono total o parcial al incapaz (sujeto pasivo) de cuidarse por sí solo, y en la ley,

-> (43) La Ley y el Delito, octava edición, Ed. Sudamericana, P. 315 y 332

en el artículo antes mencionado.

Atipicidad.

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Cabe distinguir entre ausencia del tipo legal y ausencia de tipicidad. En cuanto a la ausencia del tipo, ésta se produce cuando el legislador, por defecto técnico o deliberadamente, no describe una conducta, que según el sentir general, debía haber sido definida y fijada en los preceptos penales, dejando sin protección punitiva a los intereses violados. La ausencia del tipo debe ser tratada, en cada caso, examinando cuidadosamente el articulado de la parte especial de los códigos o las leyes especiales y los complementarios para comprobar si el hecho está o no tipificado. Como no hay delito sin ley que lo defina (consecuencia del principio *nullum crimen poena sine lege*), no puede sancionarse criminalmente un acto que no haya sido definido como delito en la ley.

"La coincidencia entre los rasgos esenciales del hecho de la vida real y del tipo descrito por la ley, ha de ser rigurosamente exacta. La falta de alguno de los elementos contenidos en la figura rectora produce la atipicidad de la conducta; es decir la

ausencia de tipicidad o causa de exclusión del tipo." ⁴⁴

Porte Petit dice si "la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere." ⁴⁵

Para Jiménez de Asúa ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos: "a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el código penal o en las leyes penales especiales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse; b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica." ⁴⁶

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

Para precisar exhaustivamente las causas de atipicidad, es necesario contar con el concepto de tipo, pues es indudable que según sea el que se tenga de aquél, la atipicidad abarcará un número determinado de causas que la originen, las que aumentarán o disminuirán en razón del contenido que se le de al propio tipo.

-> (44) Jiménez de Asúa, op. cit, P. 940

(45) Op. cit, P. 368

(46) Op. cit. P. 175

Señala Jiménez de Asúa como ejemplos específicos de Atipicidad.

- a) falta de sujeto activo.
- b) falta de sujeto pasivo o de objeto.
- c) falta de las referencias temporales o especiales.
- d) falta del medio previsto.
- e) carencia de los elementos subjetivos de lo injusto.

Las consecuencias que se producen cuando existe una atipicidad. A este respecto son tres hipótesis los efectos de la misma.

- a) No integración del tipo.
- b) Existencia de otro delito.
- c) Existencia de un delito imposible.

La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con mujer mayor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa para configurarse el delito de estupro, el artículo 262 dice exigencia de mujer casta y honesta.

Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene. El artículo 302 dice: "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro."

Lo mismo ocurre con respecto a la exigencia de un medio comisivo especialmente previsto; por ejemplo, la violencia física o moral, en el caso del artículo 265.

En el delito de abandono del incapaz, habrá atipicidad cuando no reuna los elementos exigidos en el Tipo, en el artículo 335 del Código Penal Para el Distrito Federal.

7.- Antijuridicidad. Causa de Justificación.

En primer término debe existir el tipo descrito en la ley; después la conformidad o adecuación al tipo, y en fin, que la conducta o hecho sean antijurídicos.

Nos vamos a referir al término que debe emplearse con relación a este elemento del delito.

"No hallamos dificultades para el uso del término antijuridicidad, ni nos parecen válidas las objeciones que pudieran levantarse contra él. Su tautología y su aparente estrechez desaparecen no sólo al explicar su contenido real, sino al recordar que, según nuestro criterio, el sistema jurídico no sólo abarca las leyes y disposiciones legiferantes, sino también las normas de cultura reconocidas por el estado. Por ello, al decir antijurídico comprendemos también lo contrario a la norma.

Hemos construido el neologismo antijurídico en su forma de sustantivo, diciendo antijuridicidad y no antijuricidad como suele hacerse ordinariamente en la Argentina, por motivos que se explican en pocas frases. Puesto que nos hallamos en presencia de

un neologismo, tan nueva y no admitida académicamente en la voz antijuridicidad como la expresión antijuricidad. A favor de esta última está la economía de letras y la mayor elegancia. Del mismo modo que de amable no formamos amablelidad, sino amabilidad, ha de corregirse el feo trabalenguas de antijuridicidad, con la más reducida forma de antijuricidad."⁴⁷

Porte Petit cita al profesor Agustín Bravo González, considera, que "la raíz de la antijuridicidad, viene de juridicus aunque a su vez viene de jus, dico, o sea, digo o declaro el derecho, esto es, juridico, lo que es según las leyes o la justicia al decir de Plinio el viejo. Es lo que concierne a la justicia, a su ejercicio, así tenemos juricus dies que es el día de audiencia; juridicus conventus que son las audiencias, tribunales de justicia. Viene pues de un adjetivo latino terminando en el sentido de que antijuricidad, es una palabra que suprime la sílaba di y que como tal, no figura en ningún diccionario de la lengua latina, siendo de conformidad con lo antes expuesto, la palabra correcta: antijuridicidad." ⁴⁸

"Nosotros pensamos que ha de elegirse como más exacta la palabra antijuridicidad y no la de antijuricidad. Se trata en efecto de un vocablo que se deriva del adjetivo: juridico. Por otra parte, así como de la voz latina amabilis (amable) se obtiene la derivada amabilitas (amabilidad) sin suprimir ninguna sílaba, así también de la palabra latina iudicis (juridico) se

-> (47) Jiménez de Asúa, op. cit, P. 963
(48) Op. cit, P. 373

obtiene la palabra juridicitas (juridicidad) igualmente sin contracción ninguna. La palabra antijuricidad quedaria justificada si el adjetivo fuera en cambio jurico: Creemos por consiguiente, más aceptable, en sede juridica, el neologismo antijuricidad por su exactitud y propiedad."⁴⁹

Fernando Castellanos nos dice "la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijuridico lo contrario al Derecho. La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal, respectivo."⁵⁰

Carrancá dado que "la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden juridico impuesto por el estado. Las leyes no surgen por generación espontánea, sino que tienen unos presupuestos previos que integran el bagaje cultural de una comunidad. Las normas de cultura constituyen los principios fundamentales de la convivencia social, que el derecho regula como manifestación de una cultura."⁵¹

Suele decirse que "hay antijuricidad cuando la conducta humana no está de acuerdo con una determinada norma de derecho; es decir, cuándo se halla en contradicción con un determinado

-> (49) IBIDEM, P. 374

(50) Op. cit., P. 178

(51) Citado por Rafael Márquez Piñero, op. cit., P. 193

precepto jurídico, de orden positivo o de carácter negativo." ⁵²

Existen varias teorías en torno a la antijuridicidad, mencionaremos los más relevantes.

La teoría de la antijuridicidad adquirió seriedad y consistencia jurídica con los estudios realizados por el profundo jurista Carlos Binding en 1872.

El prestigiado Carrara, genuino representante de la Escuela Clásica, "había sostenido que el delito era "lo contrario a la ley." Binding rechazó esta tendencia y puntualizó enfáticamente que el delincuente no viola la ley penal, sino que se ajusta perfectamente a ella. El Código Punitivo expresamente no prohíbe conductas, sino que se concreta a describirlas. El homicida lo que quebranta es la norma que está por encima de la ley, violando la norma prohibitiva "no matarás", la cual justifica el propio precepto jurídico. El decálogo constituye un libro de normas que contiene prohibiciones como: "No hurtarás", "no levantarás falsos testimonios ni mentirás", etc; estas normas ético prohibitivas son las que transgrede el delincuente al educar su conducta a la descrita en el precepto legal. La norma dice crea lo antijurídico y la ley penal, el delito; por ello sería preferible no hablar de antijuridicidad sino de lo contrario a la norma." ⁵³

"El maestro Ignacio Villalobos ha expuesto, el Derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a

-> (52) Jiménez de Asúa, op. cit, P. 978

(53) Citado por Miguel Ángel Cortés Ibarra, Derecho Penal, Tercera edición, Ed. Cárdenas, P. 186 y 187

imponer penas: como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por eso es incuestionable que lleva implícito y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio o el robo; y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella." ⁵⁴

Con relación a la antijuridicidad, existen estos puntos de vista:

1.- Que la antijuridicidad es formal o nominal.

La expresión antijuridicidad formal, deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe.

La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva. Se hace lo que está prohibido y no se hace lo que está ordenado.

"Antón Oneca citado por Porte Petit, dice es de parecer que un hecho es antijurídico desde el punto de vista del derecho positivo, cuando esta comprendido en una figura de delito y no lo está en ninguna de las eximentes que se acostumbra a llamar causas de justificación." ⁵⁵

Es indudable que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de "excepción regla", que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho

-> (54) IDEM.
(55) Op. cit, P. 376

son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo.

Hasta hoy día así operan los ordenamientos de índole penal; lo que quiere decir, que para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos: adecuación o conformidad a un tipo penal, que la conducta no esté amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud.

Jiménez de Asúa indica que "Según este sistema negativo será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso, añadiendo, que en suma, no se nos dice lo que es antijurídico, sino aunque parezca paradójico, lo que es jurídico como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario, etc."⁵⁶

2.- Antijuridicidad material.

"Bettioli, piensa que debe considerarse el comportamiento humano sustancialmente antijurídico, cuando lesiona intereses sociales tutelados para dicha norma."⁵⁷

La definición de Jiménez Huerta es realmente atinada puesto que la concibe como un juicio en el que se afirma la contradicción de la conducta con las normas del derecho; es decir que lo antijurídico implica disvalor.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo Franz Von Liszt

-> (56) Op. cit., P. 953

(57) Citado por Jiménez de Asúa, op. cit., P. 980

"elaboró una tesis dualista de la antijuricidad. Afirma que este constitutivo elemento del delito es contemplado bajo dos aspectos: a) Una conducta contraria a la sociedad (antijuricidad material). b) Una infracción a la ley objetiva establecida por el estado (antijuricidad formal). En la primera, lo característico es la violación de las normas ético-sociales, aceptadas por el derecho. La antijuricidad formal se caracteriza por la oposición de la conducta a la ley, reconozca ésta, o no, normas de cultura."⁵⁸

"Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias por la vida del grupo y por ello el estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas."⁵⁹

La antijuricidad formal y material tienen vida independiente pudiéndose hacer referencia a una antijuricidad formal o material.

Esta concepción dualista nos lleva a determinar, que no es posible referirse a una antijuricidad formal sin que implique la antijuricidad material.

3.- Antijuricidad Objetiva y Subjetiva.

Es de gran interés determinar si la antijuricidad es de naturaleza objetiva o subjetiva.

-> (58) Citado por Miguel Angel Cortés Ibarra, op. cit, P. 189
(59) Citado por Fernando Castellanos, op. cit, P. 180

Bataglini, Cuello Calón, Maggiore y Mezger, entre otros, estiman que la antijuridicidad es de naturaleza objetiva. Porte Petit nos dice "la antijuridicidad es objetiva, y existe cuando una conducta a un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, tan sólo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho."⁶⁰

Jiménez de Asúa menciona "en el campo de la ciencia Jurídica pueden señalarse, respecto de la antijuridicidad, dos corrientes: la objetiva, que considera por exigencias sistemáticas vinculado lo injusto, lo antijurídico, a la mera contradicción del acto con la norma, sin necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable, y la subjetiva, que para decir lo antijurídico pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culpablemente. rechaza la teoría subjetiva, que involucra lo injusto y lo culpable. No es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. El maestro señala que, en el aspecto objetivo, la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva."⁶¹

Por su parte, Franco Guzmán argumenta: "Si se dejara fuera del mandato legal al grupo de los incapaces porque se sostenga que éstos no pueden ser destinatarios de la ley, deberían, por consiguiente, considerarse fuera del mandato de la ley también a

-> (60) Op. cit, P. 379
(61) Op. cit, P. 981

los sujetos que han actuado con ignorancia de ella, o por error, ya que ni en uno ni en otro caso podrían considerarse a tales sujetos como destinatarios de la norma."⁶²

Francisco Pavón Vasconcelos, citando a Franco Guzmán, señala las conveniencias prácticas que acarrea la aceptación de este criterio: "se ha estimado de utilidad manifiesta este criterio con relación a los casos de responsabilidad objetiva establecidos en la ley, en legítima defensa y aún en la participación delictuosa. En los de responsabilidad objetiva resulta clara la independencia de lo antijurídico y de lo culpable, pues la ley construye lo ilícito en forma objetiva atendiendo al resultante sin tomar en consideración la culpabilidad real del sujeto. Igual criterio hemos propugnado en la cátedra con relación a la legítima defensa. Lo antijurídico de la agresión del enajenado que legitima la defensa no tiene más apoyo que la estimación objetiva tanto de la conducta del incapaz por su contradicción al Derecho, como del peligro derivado de ella."⁶³

El ordenamiento penal, se refiere a:

"ilícitamente", en los artículos 140, 214-IV, 219-II, 224, párrafo 1, 225-VI, 386 y 387-XXI, 2 párrafo.

En el delito de abandono del incapaz se da la antijuridicidad en el momento que se viola el bien protegido, en este caso se protege al incapaz de valerse por sí mismo que es el niño o persona enferma, se contradice lo establecido en un mandato del poder.

-> (62) Citado por Miguel Angel Cortes Ibarra, op. cit, P. 191.
(63) IDEM.

Causas de Justificación.

Las causas de justificación, constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad. son, expresa Antón Oneca, "manifestación negativa de la antijuricidad. Es decir, la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado."⁶⁴

Jiménez de Asúa las define, "son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen."⁶⁵

Las causas de justificación "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. en tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme al derecho."⁶⁶

En suma, las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme a derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad, estudiada antes.

-> (64) Citado por Forte Petit, op. cit, P. 385

(65) Op. cit, P. 1035

(66) Fernando Castellanos Tena, op. cit, P. 183

Ahora bien, existe una corriente que rechaza tal expresión por considerarla impropia. Así Gómez, piensa que se les llama de ordinario causas de justificación, lo que no es ciertamente una definición adecuada, porque si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito.

"Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancias por causas." ⁶⁷
circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia.

En México, Mariano Jiménez Huerta, que, con ansias de precisión, acude a este largo título: Circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuricidad. A su entender la denominación usada comúnmente no es, en puridad, ni precisa ni correcta pues la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse.

Jiménez de Asúa nos dice no tiene poder alguno para aniquilar la denominación de causas justificativas, el argumento de que el delito desaparece. Ello ocurre con todos los motivos que suprimen uno de los caracteres del delito, es decir, con las

-> (67) Citado por Castellanos Tena, op. cit, P. 183 y 184

causas de inculpabilidad y con las que hacen a un hombre inimputable. Es correctísimo el título de causas de justificación, pues lo que en ellos desaparece es lo injusto; es decir, no sólo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido. No se elimina, pues, una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta."⁶⁸

Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan las causas de justificación, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de los primeros, son erga omnes respecto de los partícipes y su relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho de sí mismo.

A su vez, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversas forma y grado.

Jiménez de Asúa "anota el inimputable, es psicológicamente

-> (68) Op. cit, p. 1037

incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla." ⁶⁹

El Código Penal, con una apreciable dispersión, enumera las que denomina "circunstancias excluyentes de responsabilidad, catalogando en ellas atropelladamente, desde la ausencia de conducta hasta el caso fortuito, limitante de la culpabilidad y que por lo mismo, debe erradicarse de ese lugar. Esto en cuanto a su sistematización dogmática, llegamos a la conclusión que como causas de justificación, contamos con las expresadas en las fracciones III, IV, V y VIII del artículo 15.

Causas de Justificación

- a) Legítima defensa
- b) Estado de necesidad
- c) cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Obediencia jerárquica
- f) Impedimento legítimo.

a) Legítima Defensa.

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón "es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del

-> (69) Citado por Castellanos Tena, op. cit., P. 184

agresor." ⁷⁰

"Porte Petit dice se puede definir esta causa de justificación, como el contra ataque necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente." ⁷¹

Pavón Vasconcelos, por su parte la define como "la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho." ⁷²

Jurisprudencia.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho, atacando mediante el necesario sacrificio del interés, legítimo del atacante".

(Semanao de la Federación, IX, p. 82 Sexta Época. Segunda Parte).

"Se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación

-> (70) Derecho Penal, tomo I, octava edición. Ed. Bosch, P. 341
(71) Op. cit, P. 394
(72) Op. cit, P. 315

fundamentadora de la legitima defensa se caracteriza por el ataque actual y antijuridico." (Semanario Judicial de la federación, CXIX, p. 2128).

"Por legitima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien se defiende", (Semanario Judicial de la Federación, CXXI, p. 2345).

"Se entiende por legitima defensa, la acción que es necesaria para evitar o repeler un ataque por parte del que se defiende contra un tercero." (Semanario Judicial de la Federación, X, p. 83 Sexta Epoca, Segunda Parte).

"La acción de defensa es el acto de repeler un ataque injusto ". (Semanario Judicial de la Federación, IX, p. 87 Sexta Epoca. Segunda Parte).

"Carrancá y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente."⁷³

La preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de existir para el estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incolumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social,

-> (73) Derecho Penal Mexicano, decimosexta edición, Ed. Porrúa, P. 73

sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y por tanto, trastornador del orden público, de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser el propio estado, con el propósito de paralizar su ataque. La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo transgresor de la ley y amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y respeto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías.

Todas las definiciones son más o menos semejantes: repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

Como elementos de la legítima defensa se señalan los siguientes:

- a) Una agresión injusta y actual.
- b) Un peligro inminente de daño derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados.

c) Repulsa de dicha agresión.

La Legítima Defensa en el Derecho Positivo Mexicano. El Artículo 15, fracción III, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal en el expresa: "Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

"Por agresión debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. "⁷⁴

Jurisprudencia.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que por agresión debe entenderse el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o que lesiona bienes jurídicamente tutelados ". (Semanario Judicial de la Federación, CXIII, p. 369).

"Por su parte el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ha considerado que debe de entenderse por agresión, la embestida, ataque o actividad injusta". (Anales de Jurisprudencia, XLIII, p. 709).

La agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; debe ser actual o inminente, es decir presente o muy

-> (74) Citado por Forte Petit, op. cit., P. 395

próxima. Actual es lo que está ocurriendo, inminente lo cercano, inmediato.

La reformada fracción III del artículo 15 del código ya citado no alude a que la agresión sea violenta. No basta una agresión real, actual o inminente, precisa también que sea injusta, sin derecho; esto es antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el estado.

"Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la legítima defensa.

(El número de sujetos es diverso según sea el caso).

- a) Legítima defensa propia.
- b) Legítima defensa a favor de terceros
- c) Defensa en caso de auto-agresión.

a) En el primer caso, son cuando menos dos sujetos: el injusto agresor y el que se defiende legítimamente.

b) En el segundo, son como mínimo tres sujetos: el injusto agresor, el injustamente agredido y el que interviene a favor de este último.

c) En el tercer caso, son por lo menos, dos sujetos: el auto-agredido, y el que interviene a su favor.

Exceso en la legítima defensa.

Soler citado por Castellanos Tena, "llama exceso en la legítima defensa a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. Hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión."
75

Jurisprudencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, que "en contraste a la legítima defensa, no puede darse contra la legítima defensa, se reconoce en cambio, frente al exceso en la legítima defensa..." (Semanario Judicial de la Federación, CXXIX, p. 369, Quinta Época).

Jiménez Huerta expresa, que "en contra del sentir de destacados actores, considera que no puede haber legítima defensa contra quienes realiza una defensa excesiva, pues aunque es exacto que la defensa excesiva es siempre antijurídica, exigese para su configuración la presencia de una agresión ilegítima creadora de un peligro actual, y por consiguiente, quien empieza siendo injusto agresor dando causa inmediata y suficiente a la defensa excesiva, provoca la agresión que en su contra pudiera verse en la conducta del agente ejerce una defensa excesiva."⁷⁶

Jiménez de Asúa, no acepta que al repeler el exceso en la legítima defensa le favorezca una causa de justificación, ya que el que repele el exceso de defensa, se hallará amparado por la no exigibilidad de otra conducta, que es una causa suprallegal de

-> (75) Op. cit, P. 198

(76) Citado por Porte Petit, op. cit, P. 402

inculpabilidad, pero jamás podemos decir, que su conducta es constitutiva de legítima defensa con el rango de una causa de justificación.

De acuerdo con Garrido y Ceniceros, el hecho de que la ley sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposo, no significa que el exceso participe de su naturaleza o de sus elementos; el legislador hizo la remisión al delito culposo sólo por la levedad de la pena.

La legítima defensa no opera en el caso de la riña porque los ríjosos se encuentran inmersos en una situación antijurídica, lícita y para que surta efecto la legítima defensa es necesaria una conducta lícita frente a una injusta.

La legítima defensa contra exceso. En la legítima defensa. Todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa.

Legítima defensa recíproca. No es admisible; la defensa legítima recíproca; para quedar justificadas las dos actitudes, precisaría que con ellas, respectivamente, se repeliera una injusta agresión y las conductas no devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contra ataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad.

Estado de Necesidad.

Estamos frente al estado de necesidad, "cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley. Que existe el estado necesario, cuando haya la necesidad de salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, de un peligro grave, actual o inminente, lesionado otro bien igualmente amparado por la ley, siempre que no se tuviera el deber jurídico de afrontarlo y no fuera el peligro ocasionado dolosamente por el propio agente."⁷⁷

El estado de necesidad, dice Cuello Calón, es el "peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona."⁷⁸

El estado de necesidad es la "situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor, o bienes propios o ajenos, que sólo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta."⁷⁹

Jurisprudencia.

Los tribunales estiman que el estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de la persona o de los bienes, necesita la ejecución de un acto que en sí mismo es delictuoso. (Anales de Jurisprudencia, XIII, Pág. 694).

-> (77) Forte Petit, op. cit, P. 431

(78) Op. cit, P. 362

(79) César Augusto Osorio y Nieto, Síntesis de Derecho Penal, tercera edición, Ed. Trillas, P. 60

El delito se comete en estado de necesidad, cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción o la omisión delictuosa para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo. (Semanario Judicial de la Federación, CXXIV, p. 267, 5a. Época).

El estado de necesidad es una situación de peligro real e inminente, para un bien jurídicamente protegido, que se salvaguarda mediante la destrucción o menoscabo de otros, siendo éste el único recurso practicable como menos perjudicial. (Semanario Judicial de la Federación tomo 7 p. 21 Primera sala. Séptima Época).

Se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no sería aplicable si opera alguna excusa absolutoria.

El estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada mas cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo, entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.

"Hegel, encuentra el fundamento de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos."⁸⁰

El profesor Villalobos, "en que la igualdad de los bienes en concurso es sólo aparente; en realidad no se compara el valor de un objeto con otro, sino el de cualquiera de ellos con el de un conjunto de que ambos forman parte. Esto sucede, por ejemplo, cuando en el incendio de un bosque se destruye gran número de árboles para salvar el resto, aun cuando la parte destruida sea igual o mayor a la que se salva; o cuando se arroja al mar parte del cargamento de un buque para evitar el naufragio. El acto es jurídico, pues el dilema consistiría en perderlo todo o salvar alguna parte. Consideramos certera esta forma de apreciar el problema, sin desconocer que la mayor parte de los autores sostienen que en esta hipótesis la exclusión de responsabilidad no se basa en una causa de justificación, sino en una inculpabilidad; se hace erróneamente la comparación entre las dos

-> (80) Citado por Castellanos Tena, op. cit, P. 204

vidas, considerando que los bienes en conflicto son de igual entidad, no obstante que, dadas las circunstancias, la conservación de cualquiera de esas vidas debe preferirse a la pérdida de ambas."⁸¹

Los elementos del estado de necesidad.

- a) Situación de peligro real, grave, inminente e inmediato.
- b) Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno.
- c) Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto.
- d) Imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes del peligro.

El texto legal reformado establece: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance" (fracción IV del artículo 15 del Código Penal).

Entre el estado de necesidad con base en la teoría de la diferenciación y la legítima defensa, hay marcadas analogías y diferencias:

- a) La base del estado de necesidad y la legítima defensa está en un interés preponderante.
- b) Si en el estado de necesidad los bienes en conflicto son

-> (81) Op. cit., P. 367

desiguales, pereciendo el de menor entidad, se está ante una causa de licitud al igual que en la legítima defensa.

c) Tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad.

Las diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa son:

a) En el estado de necesidad, existe una colisión entre intereses legítimos, y en la legítima defensa, una colisión entre un interés legítimo y otro ilegítimo.

b) En la legítima defensa, uno repele la agresión, y el otro, agrede ilegítimamente, o sea, que hay una repulsa por parte del agredido; en tanto que en el estado de necesidad se dice hay "una acción ", puesto que los dos son, intereses legítimos.

c) En el estado de necesidad son sujetos inocentes que luchan por salvar un bien puesto en peligro, y en la legítima defensa, hay un sólo inocente: el injustamente agredido.

d) En el estado de necesidad se trata de evitar un peligro, originado por terceros, o por causas sub-humanas: naturaleza o animales observándose, que en la legítima defensa, el peligro surge por el agresor y no por un tercero, ni por fuerzas sub-humanas.

e) En la legítima defensa se debe obrar siempre en contra de un sujeto, mientras que en el estado de necesidad, se puede obrar sobre una cosa o un animal.

f) En la legítima defensa hay un *ánimus defendi* y en el estado de necesidad, un *ánimus conservationis*.

g) En la legítima defensa y el estado de necesidad no existe reparación del daño. En cambio, hay reparación del daño en el estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son de igual entidad, es decir, en el Código Penal se prevén dos casos específicos de estado de necesidad: el aborto terapéutico y el robo de indigente.

a) El Aborto Terapéutico.

El aborto terapéutico, como una forma específica del genérico estado de necesidad, nuestra ley consagra en el artículo 334 la excluyente por aborto terapéutico. No hubiera sido preciso reglamentarla por separado, por caber la hipótesis prevista perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción IV del artículo 15. Se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía.

El artículo 334 dice " no se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora." Constituye una causa de justificación y no una simple excusa.

b) El robo de famélico.

El robo de famélico o de indigente, encuadra también dentro de la fórmula general del estado de necesidad a que se contrae la fracción IV del artículo 15, por ello resulta redundante su establecimiento en forma específica en el artículo 379.

Artículo 379 "No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

"Para nosotros es una verdadera causa de justificación por estado de necesidad, pues existe una colisión de intereses tutelados jurídicamente. Por una parte, el derecho del necesitado de lo ajeno, que puede ser de tanta importancia como la misma conservación de la vida; y, por la otra, el derecho del propietario de los bienes atacados. Nuevamente nos encontramos en presencia del principio del interés preponderante. "⁸²

Cumplimiento de un deber.

Esta justificación prevista en la sanción V del artículo 15, consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de ley o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del agente de la policía judicial que en cumplimiento de una orden de aprehensión, detiene a una persona, en esta situación no comete delito por este hecho, toda vez que está cumpliendo con un deber.

-> (82) Castellanos Tena, op. cit, P. 209

El cumplimiento de un deber, gira alrededor de dos hipótesis:

1.- Derivado de funciones públicas, o sea de deberes de servicio y

2.- Derivado de un deber impuesto al particular.

Ejercicio de un derecho.

La persona que actúa conforme a un derecho, que la propia ley confiere, se ampara en una causa de justificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 fracción V del Código Penal Distrital y Federal. Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio causados en ejercicio de los deportes, los originados como resultado de tratamientos medico quirúrgicos.

De lo dicho, se desprende con suma claridad la fundamentación jurídica del ejercicio de un derecho, porque en verdad, no hay ninguna lesión al bien protegido por la ley penal, por la sencilla razón de que la disposición legal que permite o faculta, suprime el amparo a su vez a otra disposición penal que está protegiendo los bienes que aparentemente se están lesionando.

"Las lesiones u homicidio cometidos en la práctica de deportes los realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el estado para llevar a cabo tales actividades y, salvo situaciones de imprudencia o dolo, la conducta realizada no es antijurídica.

Los tratamientos médico quirúrgicos pueden provocar lesiones y aun homicidios los cuales se justifican por el reconocimiento que el estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo estado, a través de la ley, hace respecto de determinados bienes, es decir, se justifican tales alteraciones de la salud o privación de la vida por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión autorizada y reconocida legalmente o por un estado de necesidad para evitar un mal mayor."⁸³

Impedimento Legítimo.

La fracción VIII del artículo 15 del Código Penal vigente establece como eximente: "contravenir lo dispuesto en una Ley Penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo." Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, calmándose, en consecuencia, un tipo penal. Adviértase que el comportamiento es siempre omisivo. Emerge otra vez, el principio del interés preponderante; impide la actuación una norma de carácter superior; impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. Suele ejemplificarse con el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedirselo la ley en virtud del secreto profesional.

No existe causa alguna que justifique el abandono del

-> (83) Citado por Osorio y Nieto, op. cit, P. 61

incapaz, por la razón de no valerse por si mismo.

La Imputabilidad.

Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, compartida por nosotros, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

"La imputabilidad. Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad."⁸⁴

"La imputabilidad es la capacidad de entender y querer considerarla dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia, esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de indole volitiva, es decir, desear un

-> (84) Castellanos Tena, op. cit, P. 217

resultado." ⁸⁵

"Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana." ⁸⁶

Se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad, y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

"La responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito (en última instancia, es una declaración resultante del conjunto de todos los caracteres del hecho punible)." ⁸⁷

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que les imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

-> (85) Osorio y Nieto, op. cit, P. 62

(86) Op. cit, P. 222

(87) Márquez Piñero, op. cit, P. 233

Villalobos, existe cierta confusión en Derecho Penal respecto a que debe entenderse por responsabilidad. "No pocas veces se utiliza el vocablo como sinónimo de culpabilidad; también suele equipararse a la imputabilidad. En verdad tiene acepciones diversas. En un sentido, se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales. Con esto se da a entender la sujeción a un proceso en donde puede resultar condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o exclusión de antijuricidad o de culpabilidad en su conducta.

Se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obró culpablemente; así los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva."⁸⁸

La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Fundamento de la imputabilidad.

Desde un punto de vista que se puede denominar clásico, la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral. De acuerdo con esta posición, la

-> (88) OP. CIT, P. 290

imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma, aplicada en concreto al autor de un delito.

En este sentido, Jiménez de Asúa "da la definición del padre Jerónimo Montes: imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre."⁸⁹

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa* (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer un homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad.

La imputabilidad, en el delito de abandono del incapaz, se presenta en el instante en que el sujeto activo deja en abandono total o parcial al niño o al enfermo; el sujeto activo deberá contar con capacidad de entender y querer el resultado.

Inimputabilidad.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la "imputabilidad, es la incapacidad para entender y querer en materia penal."⁹⁰

-> (89) La Ley y el Delito, op. cit, P. 326
(90) Osorio y Nieto, op. cit, P. 63

Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

"Las causas de inimputabilidad. Ante todo debemos advertir que, como en otros casos, tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supralegales."⁹¹

En el artículo 15, relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, cuya fracción II establece: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente."

Causas de inimputabilidad.

- a) Minoría de edad
- b) Trastorno mental
- c) Desarrollo intelectual retardado
- d) Miedo grave.

Minoría de edad.

"En el Distrito Federal los menores de 18 años son inimputables. Cuando un menor realiza una conducta tipificada en las leyes penales como delito, se le sujeta a un estatuto propio

-> (91) Castellanos Tena, op. cit., P. 223

de los menores que llevan acabo este tipo de conducta. Dicho estatuto es la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal, a cuya jurisdicción se remite a los menores infractores. El consejo tutelar para menores previo estudio de la personalidad, y del hecho cometido, es el que determina los medios tutelares a que deban someterse los menores." ⁹²

La legislación y el tratamiento de los menores es eminentemente tutelar y preventiva, tiende a rehabilitar al menor para incorporarlo positivamente a la sociedad y a prevenir futuras conductas infractoras.

Desde el punto de vista lógico y doctrinario, nada se opone a que una persona de 17 años, por ejemplo posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades; en este caso, al existir la salud y desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz.

Trastornos mentales.

"Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La ley vigente no distingue los transtornos mentales transitorios de los permanentes; por lo mismo, al intérprete no le es dable distinguir. Infiérese que puede operar la inimputabilidad tanto en un transtorno efímero como en uno duradero. Pero indudablemente no basta la demostración del trastorno mental para declarar valedera la eximente; la ley es cuidadosa al referirse a

-> (92) Osorio y Nieto, op. cit, P. 63

un trastorno mental de tal magnitud, que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión." ⁹³

El artículo 15, Fracción 15, del Código Penal en vigor en el Distrito Federal establece como circunstancia excluyente de responsabilidad "padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental."

No resulta ocioso destacar que en la actual fórmula legal sobre la inimputabilidad, pueden quedar comprendidos en los respectivos casos, además de los trastornados mentales transitorios o permanentes, aquellos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

Desarrollo intelectual retardado.

La misma fracción II del artículo 15 del ordenamiento penal estatuye como excluyente de responsabilidad: "Padecer el inculpado, al cometer la infracción, desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión."

"Entendemos el desarrollo intelectual retardado como una disminución de las facultades de entender, de captar cabalmente, los fenómenos de conducirse con una mínimo de inteligencia, esto

-> (93) Castellanos Tena, op. cit P. 226 y 227

es, lo consideramos una disminución no trastorno mental de la inteligencia, disminución que debe ser tal que anule las facultades de querer y entender."⁹⁴

El miedo grave.

"El miedo grave, intenso, anula la capacidad de conocer plenamente y de optar entre la verificación de una conducta o su abstención."⁹⁵

"El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales."⁹⁶

Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor, de afuera para adentro. Debemos agregar que es posible la existencia del temor sin el miedo; es dable temer, a un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor el proceso de reacción es conciente; con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. En estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valía para el jugador.

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal establece como excluyente de responsabilidad: "Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro

-> (94) Osorio y Nieto, op. cit, P. 64

(95) IBIDEM, P. 65

(96) Castellanos Tena, op. cit, P. 230

medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

La reforma al precepto amplió el campo de la excluyente a favor de terceros. También se agrega en la nueva fórmula, para la operancia de la eximente, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente. Esta exigencia seguramente se refiere sólo al temor, pues en el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión, razón por lo cual no podrá optar por otro medio practicable y menos perjudicial.

En el delito de abandono del incapaz, puede existir causa de imputabilidad al existir trastorno mental en el sujeto activo.

8 Culpabilidad Inculpabilidad.

Se trata de una de las parcelas más delicadas y escabrosas del derecho penal, y lo es en cuanto la disciplina iuspenalista, en última instancia, es mayoritariamente individualizadora. Así, el tema de la culpabilidad, es necesario afirmar, decantar, pulir y analizar con sumo tacto para que quede en el proceso de subsunción el juicio de reproche por el acto concreto perpetrado por el sujeto. En la culpabilidad, necesariamente habremos de movernos en el terreno, resbaladizo por demás, de la individualización.

Jiménez de Asúa dice "la culpabilidad es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede

lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró." ⁹⁷

Castellanos Tena, "consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." ⁹⁸

Para Villalobos, "la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa." ⁹⁹

Doctrinas sobre la Naturaleza Jurídica de la culpabilidad.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica respecto a la fijación de la naturaleza de la culpabilidad, a la estructura de su concepto, existen dos teorías, psicologista y normativa. En seguida se hará un somero análisis de las mismas.

a) Teoría Psicológica de la Culpabilidad.

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual - volitivo desarrollado en el autor. Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; Tiene dos elementos:

-> (97) La Ley y el Delito, op. cit, P. 444
(98) Op. cit, P. 234
(99) Op. cit, P. 283

1) El volitivo o emocional

2) El intelectual

El elemento volitivo o como lo llama Jiménez de Asúa emocional, indica la suma de dos querer, es querer la conducta y querer el resultado.

El elemento intelectual consiste en el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Jiménez de Asúa "no acepta esta posición y argumenta que la imputabilidad es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa, ya que su contenido constituye un reproche y no basta en ella lo psicológico puro."¹⁰⁰

b) Teoría Normativa o Normativista de la Culpabilidad.

"El ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto pueden comportarse conforme a lo mandado. Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad."¹⁰¹

-> (100) La Ley y el Delito, op. cit, P. 354
(101) Castellanos Tena, op. cit, P. 236

Para esta corriente la culpabilidad se integra con dos elementos que son:

- 1) Una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo actor pudo haber evitado; y
- 2) Un elemento normativo, que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Jiménez de Asúa se pronuncia por esta concepción normativa y advierte que a la acción corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad corresponde no sólo el efecto, sino también el contenido. El maestro afirma que "el juicio de culpabilidad no se refiere exclusivamente al carácter, aunque se tenga en cuenta, sino a lo injusto concreto."¹⁰²

La culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Debemos seguir afiliados a psicologismo, por ser la corriente captada en el Código Penal, artículo 8.

Por otra parte, tanto psicologistas como normativistas, coinciden en que en el delito no sólo el acto ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan,

-> (102) Citado Por Márquez Piñero, op. cit, P. 241 y 242

sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico.

Para Mezger, "la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor."¹⁰³

La Doctora Islas, en su modelo lógico, "la culpabilidad comporta la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y de una violación del deber jurídico penal."¹⁰⁴

Elementos de culpabilidad.

El profesor Pavón Vasconcelos, el desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad, los elementos son los siguientes:

I La imputabilidad, en cuanto base, para entender mejor la culpabilidad.

II Las formas de la culpabilidad, dolo y culpa, constitutivas de la referencia psíquica entre: la conducta o hecho y su autor.

III La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

"Concluye Pavón Vasconcelos, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad y establece el contenido de éste en el hecho psicológico, por cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción

-> (103) Citado Por Márquez Piñero, op. cit, P. 241
(104) IBIDEM, P. 242

antijurídica y su autor."

Formas de la culpabilidad.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

"Existe dolo cuando se delinque mediante una determinada intención delictuosa.

Al descuidar las precauciones indispensables exigidas por el estado para la vida gregaria, estamos en presencia de la culpa."
106

Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico.

Villalobos nos dice "se reprocha el acto culpable porque al ejecutarlo se da preponderancia a motivos personales sobre los intereses o motivos de la solidaridad social en concurso; y porque teniendo obligación de guardar la disciplina y las limitaciones impuestas a la expansión individual, y todo el cuidado necesario para no causar daños, se desconoce o se posterga ese deber queriendo sólo disfrutar de los derechos y beneficios que brinda la organización, sin prescindir en nada de cuanto dicta el capricho o el deseo, aún con perjuicio de los demás hombres y como si el actuante fuera el único digno de

-> (105) Citado por Márquez Piñero, op. cit, P. 243
(106) Castellanos Tena, op. cit, P. 236

merecer." 107

1.- El dolo según Eugenio Cuello Calón, "consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso."¹⁰⁸

Luis Jiménez de Asúa lo define como "la producción de un resultado 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 acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."¹⁰⁹

El dolo tiene como elementos:

- a) El moral o ético, contiene el sentimiento, la conciencia de que se viola un deber.
- b) El volitivo o psicológico, es la voluntad, la decisión de realizar la conducta.

Diversas Especies de Dolo.

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. En la doctrina se habla de dolo directo, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc. Nosotros consideramos que

-> (107) Op. cit, P. 283

(108) Op. cit, P. 302

(109) La Ley y el Delito, op. cit, P. 459

existen cuatro especies principales que son:

a) Directo. El resultado corresponde al que habia previsto el sujeto activo.

b) Indirecto. Existe cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.

c) Indeterminado. Es la voluntad genérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concreto.

d) Eventual. El sujeto se propone un resultado delictivo, pero se prevé la posibilidad de que surjan otros típicos no deseados, pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran.

Villalobos se adhiere a esta clasificación, define "Directo, como aquél en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto típico.

Simplemente indirecto, si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos.

Indeterminado, si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

Eventual, cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial." ¹¹⁰

2.- La culpa o imprudencia dice Osorio y Nieto. "La encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que

-> (110) Op. cit., P. 307

lleve un resultado delictivo o, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso." ¹¹¹

Según Cuello Calón "existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. " ¹¹²

Los elementos de la culpa son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el estado, resultado típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Las especies de la culpa son:

a) Culpa consciente con previsión o con representación. Existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado: lícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico.

b) Culpa inconsciente, sin previsión, sin representación. Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto.

3.- La preterintención es una suma del dolo y la culpa., una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial; el ejemplo típico es el del sujeto que da un puñetazo a otro, sin la intención de causar un resultado mayor que el normal de un puñetazo, y el que recibe el

-> (111) Op. cit, P. 66
(112) Op. cit, P. 325

golpe cae, de tal manera que se fractura el cráneo y fallece.

Al respecto el Código Penal para el Distrito Federal establece:

"Artículo 8. Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia; y
- III. Preterintencionales."

"Artículo 9. Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

Los elementos de la preterintención son:

- a) Un inicio doloso.
- b) Un resultado mayor al querido o aceptado, producido por imprudencia.

En el delito de abandono del incapaz existe una conducta dolosa, al haber voluntad y estar consciente del resultado que se producira. Estamos en presencia del dolo directo.

La Inculpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. El penalista hispano, consecuente con su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que "la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio del reproche."¹¹³

La inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como en el caso del error esencial del hecho y, en términos generales, la coacción sobre la voluntad.

Las causas de inculpabilidad.

Representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así solamente puede obrar de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

1. El error y la ignorancia.

El error es un vicio psicológico consiste en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad.

-> (113) Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, op. cit, P. 480

"El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente."¹¹⁴

Mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce, pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente.

Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho se clasifica en:

- a) esencial
- b) accidental

a) "El error esencial, nos dice Vannini, es el que, recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal."¹¹⁵

En concreto; en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta y por ello, constituye, como antes dijimos el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

-> (114) Castellanos Tena, op. cit, P. 259

(115) Citado por Castellanos Tena, op. cit, P. 260

La fracción XI del artículo 15 señala: "Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. "El párrafo siguiente dice: "No se excluye la responsabilidad si el error es vencible."

La fracción, en la primera parte, se refiere al llamado error de tipo, pues alude al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal. En la segunda consagra el error de licitud, también denominado error de permisión o de prohibición, ya que por un error invencible el autor cree lícito su comportamiento, acorde con el derecho.

Con respecto a la terminología no hay un criterio unánime, por encontrarse en desacuerdo los especialistas, al error de licitud o de permisión lo llaman igualmente de prohibición, denominación esta última que emplean también para mencionar al error de derecho.

"Pavón Vasconcelos hace mención a la fracción XI del artículo 15 regula tanto el error de tipo como el de prohibición. Al aludir la ley a la realización de la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal consigna el error de tipo como causa impeditiva de la integración del delito; y al agregar la propia ley o que por el mismo error estime el sujeto activo que

es lícita su conducta, recoge el error de prohibición, ambas hipótesis de error esencial e insuperable y por ello excluyentes de la culpabilidad."¹¹⁶

b) El error accidental. El error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error en el golpe se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente. Aberratio in persona es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito. Hay aberratio delicti. Si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

2 La obediencia jerárquica.

La obediencia jerárquica es el cumplimiento que un subordinado debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando sobre él; este punto fue tratado en las causas de justificación.

3 Las eximentes putativas.

"Las eximentes putativas se extienden a las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo."¹¹⁷

Inexplicablemente suele limitarse el alcance de un grupo de las eximentes putativas a la legítima defensa putativa; nada autoriza tal proceder; participan de la misma naturaleza todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto

-> (116) Citado por Porte Petit, op. cit., P. 262

(117) Castellanos Tena, op. cit., P. 266

considera de manera fundada, encontrarse ante una causa de justificación. Por esa razón al lado de la legítima defensa putativa, deben ser estudiadas el:

- a) Legítima defensa putativa
- b) Estado de necesidad putativo
- c) Deber y derechos putativos
- d) No exigibilidad de otra conducta
- e) Temor fundado
- f) Encubrimiento de familiares y allegados.

a) La Legítima defensa putativa si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa, sin la existencia en realidad de una injusta agresión, no existe la causa real motivadora de una justificación.

En esta hipótesis la eximente existe si el sujeto actuó bajo un error esencial e insuperable de hecho.

b) Estado de necesidad putativo opera de igual forma que la legítima defensa putativa, esto es, la persona al encontrarse en una situación de peligro actual o inmediata que sólo es evitable mediante la lesión de otros bienes también objeto de tutela jurídica y actúa lesionando estos bienes.

Operará esta eximente si se prueba el error de hecho esencial e insuperable.

- c) Deber y derechos putativos al igual que en legítima

defensa putativa y en el estado de necesidad putativo, puede producirse la eximente si existe el error esencial e insuperable.

Consideramos que en todo caso de eximente putativa existe el error de hecho esencial e insuperable de manera que tal vez estas eximentes debiesen incluirse en el error.

d) La no exigibilidad de otra conducta con la frase "no exigibilidad de otra conducta", se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento.

Se afirma la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatória de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho.

Ignacio Villalobos se declara en contra, cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia sólo a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y con el orden social."¹¹⁸

e) Temor fundado la fracción VI del artículo 15 del Código Penal comprende entre las excluyentes de responsabilidad. - "...temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en
-> (118) Op. cit, P. 437

bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio aplicable y menor perjudicial al alcance del agente."

Para la mayor parte de los especialistas, el fundado temor es uno de los casos típicos de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de que el estado, según afirman, no puede exigir un obrar diverso, heroico.

f) Encubrimiento de parientes y allegados, el artículo 400 fracción III, que comete el delito de encubrimiento quien "oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe"; en la parte final del precepto se establece "No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al acultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles".

En el delito de abandono del incapaz no se da la inculpabilidad por la razón que si el sujeto activo, por error o ignorancia no le da la debida atención al incapacitado podrá desencadenarse resultados tan graves como la muerte; convirtiéndose en un delito.

9 PUNIBILIDAD EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea acerca la conminación legal de aplicación de esa sanción.

Pavón Vasconcelos define la punibilidad como, "la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."¹¹⁹

En resumen punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Porte Petit dice "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo."¹²⁰

Opinamos en contrario, pueden citarse entre otras los de Raúl Carranca y Trujillo e Ignacio Villalobos. "El primero, al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio; que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena."¹²¹

-> (119) Op. cit, P. 453

(120) Citado por Castellanos Tena, op. cit, P. 276

(121) Derecho Penal Mexicano, Tomo II, op. cit, P. 125

Para Villalobos, "la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible., pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible. En cambio si es rigurosamente cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente."¹²²

El artículo 24 del Código Penal establece las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. (Derogada).

-> (122) Op. cit, P. 203

8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercibimiento.
11. Causión de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

En cuanto a la punidad siendo ésta la sanción o castigo que se le impone al delincuente, y tomando en consideración el transcrito artículo 24 del Código Penal en donde se establecen las distintas penas y medidas de seguridad, es de hacerse notar que las penas principales, por aparecer en la mayoría de los delitos son en síntesis:

1. La pena de prisión; y
2. La sanción pecuniaria.

La pena de prisión, consiste en la privación de la libertad de una persona recluyéndola en un centro de readaptación social y que puede ser de una duración de tres días a cincuenta años.

La punibilidad en el delito de abandono del incapaz, se encuentra establecida en el artículo 335 del Código Penal, el cual dice "... se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela,...".

Excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias constituyen el anverso de la punibilidad.

Castellanos Tena las define como "causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena."¹²³

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad.

En nuestro sistema jurídico encontramos las siguientes excusas absolutorias.

a) Excusa en razón de mínima temibilidad. El Artículo 375 del Código Penal vigente establece: "Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia. " La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

-> (123) Op. cit, P. 278

b) Excusa en razón de la maternidad consciente. El artículo 333 del Código Penal establece "la impunidad en caso de aborto causado sólo por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación".

c) Otras excusas por inexigibilidad.

En el tema de la inculpabilidad ya se hizo mención al artículo 400.

Igual fundamento opera para las excusas contenidas en los artículos 280, fracción II y 151 del Código Penal del Distrito Federal. La primera alude a la exención de pena a determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El segundo precepto excusa a ciertos familiares de un determinado, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas.

En el artículo 247 fracción IV del mismo cuerpo legal; se refiere a la falsa declaración de un encausado. La propia constitución protege al inculpado con una rica gama de garantías; por ende el estado, en el caso de la excusa mencionada, no esta en condiciones de exigir un obrar diferente.

d) Excusas por graves consecuencias sufridas.

El artículo 55: "Cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella".

Evidentemente el precepto capta los casos en los cuales el sujeto activo sufre graves daños en su persona, de tal manera que sea hasta inhumana la imposición de la pena.

Las excusas absolutas antes mencionadas, en el delito de abandono del incapaz no existen con respecto a la legislación del Distrito Federal.

10 El Iter Criminis.

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sentido o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama iter criminis, es decir, camino del crimen. Los delitos culposos no pasan por estas etapas; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial. la vida del delito culposo surge cuando el sujeto descuida, en su actuación, las cautelas o precauciones que debe poner en juego para evitar la alteración o la lesión del orden jurídico. En consecuencia, el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, pero no puede quedar en grado de tentativa, por requerir ésta de la realización de actos voluntariamente encaminados al delito."¹²⁴

Fases del iter criminis.

"El iter criminis tiene dos fases: la interna, que se refiere a los procesos mentales y subjetivos del agente del

-> (124) Castellanos Tena, op. cit, P. 283

delito, y la externa, que comprende las manifestaciones perceptibles por los sentidos del delito." ¹²⁵

Fase interna	Idea Criminosa Deliberación Resolución
Iter criminis	
Fase externa	Manifestación Preparación Ejecución

10.1 Fase interna.

La fase interna abarca tres etapas o períodos: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

Idea criminosa o ideación. En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

Deliberación. Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Resolución. "A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito;

-> (125) Osorio y Nieto, op. cit, P. 77

pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente."¹²⁶

Francisco Carrara, sostiene que el ejercicio de la justicia está delegado, en virtud de la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre no se ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos. Los pensamientos, sin cometer abuso, no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a dios.

10.2 Fase externa.

La fase externa. Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución.

Manifestación. "La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto."¹²⁷

La manifestación de ideas no es incriminable. "Sólo es incriminable la manifestación del propósito en un caso especial: cuando se da a entender que se realizará el propósito en daño de alguien, pues esto integra un tipo legal de delito denominado amenazas."¹²⁸

Preparación. La preparación consiste en la manifestación

->(126) Castellanos Tena, op. cit, P. 284

(127) IBIDEM, P. 285

(128) Carrancá y Trujillo, op. cit, P. 662

externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. Dice Jimenez de Asua "los actos preparatorios son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución."¹²⁹

"Sebastian Soler las define como aquellas actividades por si mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien juridico dado."¹³⁰

Los actos preparatorios se caracterizan, por ser de naturaleza inocente en si mismos y pueden realizarse con fines licitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir.

En su mayoría los tratadistas tienen un pensamiento casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos. Aún cuando nuestro Código Penal por excepción, sanciona algunos que por si mismos agotan el tipo delictivo, más no significa que al exigirlos la ley en delito, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrinsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; a manera de ejemplo el artículo 256 del Código Penal establece:

"Artículo 256 A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganchas o cualquier otro instrumento que dé

-> (129) La Ley y el Delito, op. cit, P. 471

(130) Citado por Castellanos Tena, op. cit, P. 286

motivo para sospechar que trata de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigilancia".

Este precepto, "se ha dicho de paso, además de anacrónico rompe con el principio de igualdad, porque los portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia."¹³¹

La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo agota su conducta para la realización del tipo, la fase dentro de la cual el sujeto lleva a cabo todos los actos que supone necesarios para realizar la conducta delictiva, ideada, deliberada, resuelta, manifestada y preparada.

En el delito de abandono del incapaz, recorre el iter criminis o camino del delito, al caminarlo pasa por la primera fase que es la interna y la otra la externa, además de los tres puntos dentro de cada una de ellas, al no configurarse todos los puntos antes mencionados no se consuma el delito por no encontrarse descrito de acuerdo a lo establecido.

11. Formas de presentarse el delito.

11.1 Consumación.

"Delito consumado es la acción que reúne todos los elementos, genéricos y específicos, que integran el tipo legal."¹³²

-> (131) Castellanos Tena, op. cit, P. 287
(132) Carranca y Trujillo, op. cit, P. 669

Por su parte Jiménez de Asúa al respecto considera, "Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad. El mismo autor continúa diciendo, no podemos averiguar cuándo un delito está consumado, sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida."¹³³

El delito se consume cuando, produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión de un bien jurídico protegido, o dicho en otros términos, hay consumación en tanto el hecho querido se produce mediante la integración de todos los elementos genéricos y específicos que integran un tipo legal determinado.

El delito de abandono del incapaz, se consume en el momento que el sujeto activo exterioriza su conducta ilícita, (lo lleva a la práctica) en este caso se da al instante de dejar en abandono al incapaz de valerse por sí mismo.

11.2 Tentativa.

La tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende la penetración en el núcleo del tipo.

-> (133) La Ley y el Delito, op. cit, P. 492

Jiménez de Asúa "define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito."¹³⁴

"Soler, citado por Castellanos Tena nos dice, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa."¹³⁵

Nuestro Código, como veremos, en reforma al artículo 12, se refiere expresamente a ejecutar u omitir la conducta en la tentativa.

El artículo 12 reformado del Código Penal Vigente establece "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente... "

El fundamento de la función en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes.

Dentro de la tentativa punible tenemos: la tentativa acabada y la tentativa inacabada.

-> (134) La Ley y el Delito, op. cit, P. 474
(135) op. cit, P. 287

11.2.1 Tentativa Acabada.

En la tentativa acabada o delito frustrado el activo lleva a cabo todos los actos idóneos para cometer el delito, pero el resultado no se presenta por causas ajenas a su voluntad. Hay ejecución completa de actos, lo que no se realiza es el resultado.

11.2.2 Tentativa Inacabada.

Encontramos que en la tentativa inacabada o delito intentado consiste en la omisión de uno o varios actos tendiente a la verificación del delito. En este caso la ejecución es incompleta y obviamente, el resultado, como consecuencia de la omisión de uno o varios actos, no se produce.

En el delito de abandono del incapaz, la tentativa se excluye, porque el delito es de omisión simple y por ello de mera conducta.

11.3 Delito Imposible

Dentro de la tentativa punible, encontramos el delito imposible, el cual se presenta cuando por falta de objeto material o de bien jurídico protegido, no es posible llevar a cabo la producción del resultado.

"El delito imposible ha sido considerado, por tanto como la tentativa incapaz de realizar el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados o por falta de inidoneidad en el objeto contra el cual se han dirigido los actos."¹³⁶

-> (136) Pavón Vasconcelos, op. cit, P. 129

Al no existir abandono del incapaz no hay delito imposible,
por darse la imposibilidad o inexistencia del objeto.

C O N C L U S I O N E S

Primera. Al hacer el análisis del artículo 335 del Código Penal, el cual nos dice: " al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a si mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos ". Observamos la relevancia que reviste el citado precepto por lo que respecta a la protección que brinda al niño, futuro joven integrante de nuestra sociedad.

Constituye una obligación para el gobernante, dar protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, pues merece respeto a la dignidad de sus derechos ya que él tiene necesidad de expresarse, de relacionarse, de movilizarse, de sentirse amado en su hogar, de saberse aceptado en la escuela, de sentir confianza con las personas que lo rodean, seguridad cuando transita por las calles, por eso es necesario asegurarlo por medio de instituciones y personas que lo cuidan y protegen; de esta manera se logrará que los niños crezcan seguros, respetuosos y respetados, sanos y responsables.

Segunda. La conducta como elemento objetivo del delito consiste en el comportamiento humano positivo o negativo, el cual está encaminado a un propósito que consiste en dejar en abandono al niño incapaz o persona enferma.

La voluntariedad que posee el sujeto activo al querer y estar consciente de exteriorizar la conducta como resultado del referido ilícito, es el abandono total o parcial del sujeto

pasivo por lo que lo que consideramos, estamos ante un delito de mera conducta, presentandose el aspecto negativo en la forma de hipnotismo, vis absoluta o relativa.

Tercera. La Tipicidad guarda una estrecha relación con el Tipo, entiéndase por Tipicidad la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Si por Tipo entendemos la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales; el Tipo en el delito en análisis, consiste de acuerdo al artículo 335 del Código Penal en dejar abandonado a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma teniendo obligación de cuidarlos". Por lo que la tipicidad se presenta cuando se da la acción del abandono satisfaciendo todos y cada uno de los elementos exigidos en el artículo ya mencionado.

En este delito se pueden presentar atipicidades por falta de un presupuesto de naturaleza jurídica: deber jurídico de cuidar; o por falta de calidad en el sujeto activo, pasivo, como es el caso de sujetos que no cumplan las calidades exigidas en el Tipo, es decir que no sea los padres o tutores que ejerzan la patria potestad.

Cuarta. La antijuridicidad, la definimos como una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesta por el Estado.

Al darse el abandono existe una conducta negativa, la cual viola la norma establecida, por lo cual estamos en presencia de

una conducta antijurídica, sin embargo pueden presentarse causas de justificación como es el estado de necesidad al ser imposible cumplir personalmente con obligación jurídica.

Quinta. La imputabilidad se determina por un mínimo psíquico, consistente en la salud mental.

Habrá una causa de inimputabilidad cuando el sujeto activo al consumar el delito se encuentre con trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, por no poder comprender el carácter ilícito del hecho. Excepto en los casos en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencial, asimismo se puede dar la minoría de edad.

Sexta. La culpabilidad es el enlace intelectual y emocional que liga al sujeto activo, al haber voluntariedad y querer el resultado.

El delito en análisis se configura en forma dolosa, cuando el elemento subjetivo es el abandonar para eximirse de la custodia.

Consideramos que puede darse la inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta.

Séptima. La punibilidad, la establece el artículo 335 del Código Penal que nos dice: al sujeto activo se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión si no resultare daño alguno, privándolo además de la patria potestad o de la tutela.

Octava. La consumación del delito en análisis se da en el

momento y en el lugar que se verifica el abandono.

Novena. Pensamos que la tentativa inacabada como acabada o delito frustrado no pueden presentarse en el delito que analizamos.

Décima. El delito imposible se presenta cuando por falta de objeto material, o, de bien jurídico protegido, por lo que considero no es posible llevar a cabo la producción del resultado.

El sujeto activo al realizar actos preparatorios, sin llegar a constituir actos ejecutivos, no se producirá el delito de abandono.

BIBLIOGRAFIA

A. CAMPOS ALBERTO, Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Abelardo Perrot, 450 p.

BAUMANN JURGEN, Derecho Penal, Cuarta Edición, Editorial Depalma, 276 p.

BEJARANO SANCHEZ MANUEL, Obligaciones Civiles, Tercera Edición, Editorial Harla, 621 p.

BLAKE WRIGHT - WAECHTER, Enfermeria Pediatrica, Octava Edición, Editorial Interamericana, 685 p.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano, Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, 985 p.

CASTELLANOS FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Vigesimoseptima Edición, Editorial Porrúa, 359 p.

CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL, Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial Cárdenas, 549 p.

CREUS CARLOS, Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Astrea Buenos Aires, 542 p.

CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, Tomo I, Decimoctava Edición, Editorial Bosch, 958 p.

DE PINA RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Sexta Edición, Editorial Porrúa, 404 p.

FLORES GONZALEZ FERNANDO, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, Sexta Edición, Editorial Porrúa, 386 p.

GAUDEMET EUGENE, Teoría General de las Obligaciones, Segunda Edición, Editorial Porrúa, 534 p.

GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, Decima Edición, Editorial Porrúa, 758 p.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Decimonovena Edición. Editorial Porrúa, 469 p.

GUTIERREZ GONZALEZ ERNESTO, Derechos de las Obligaciones, Quinta Edición, Editorial Casica, 946 p.

JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, Octava Edición, Editorial Sudamerica, 578 p.

JIMENEZ DE ASUA LUIS, Tratado de Derecho Penal, Tomo III el Delito, Cuarta Edición, Editorial Losada, 1102 p.

JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Porrúa, 358 p.

MARQUEZ PINERO RAFAEL, Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Trillas, 305 p.

MEZGER EDMUND, Derecho Penal, Editorial Cárdenas, 450 p.

MUNOZ LUIS, Derecho Civil Mexicano, Tomo III, Editorial Modelo, 516 p.

ORTIZ URQUIDI RAUL, Derecho Civil, Tercera Edición, Editorial Porrúa, 633 p.

OSORIO Y NIETO CESAR AUGUSTO, Síntesis de Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial Trillas, 108 p.

P. MORENO ANTONIO, Derecho Penal Mexicano, Editorial Jus, 620 p.

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa, 547 p.

PORTE PETIT CANDAUDAD CELESTINO, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Duodécima Edición, Editorial Porrúa, 508 p.

PORTE PETIT CANDAUDAD CELESTINO, Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal, Octava Edición, Editorial Porrúa, 595 p.

PLANIOL MARCEL, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo 1,1, Editorial Cajica, 567 p.

REZZONICO LUIS MARIA, Estudio de las Obligaciones, Volumen I, Novena Edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, pp. 853

ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Tomo III, Decimaprimer Edición, Editorial Porrúa, 531 p.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Segunda Edición, Editorial Libros de México, 651 p.

SANCHEZ CORDERO JORGE A., Derecho Civil, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 134 p.

TERRY FAW, Psicología del Niño, Editorial Libros Mac-Graw Hill de México, 316 p.

VAUGHAN MC. KAY NELSON, Tratado de Pediatría, Tomo I y II, Sexta Edición, Editorial Salvat, 1632 p.

VILLALOBOS IGNACIO, Derecho Penal Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, 654 p.

LEGISLACION CONSULTADA

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL / CARRANCA Y RIVAS RAUL, Código Penal Anotado, 14a. Edición, Editorial Porrúa, 993 p.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Código Penal Comentado, 9a. Edición, Editorial Porrúa, 539 p.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 59a. Edición, Editorial Porrúa, 655 p.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 48a. Edición, Editorial Porrúa, 280 p.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 37a. Edición, Editorial Porrúa, 373 p.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMENTADA, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 358 p.