

693
2g.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:

CLAUDIA DEL CARMEN OROZCO RAMIREZ



México, D. F.



1993

**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES**

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.

TITULO: " ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL ".

INTRODUCCION.-.....	3
CAPITULO I.- CONCEPTO DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.....	11
A) PRESUPUESTOS DEL DELITO.....	12
B) CONDUCTA Y TIPICIDAD.....	13
a) Conducta y su Aspecto Negativo.....	13
b) Resultado.....	24
c) Tipo y Tipicidad.....	28
d) Elementos del tipo.....	35
e) Atipicidad.....	41
CAPITULO II.- ANTIJURIDICIDAD, IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD.....	44
a) Antijuridicidad y su Aspecto Negativo.....	44
b) Imputabilidad e Inimputabilidad.....	53
c) Culpabilidad y su Aspecto Negativo.....	58
CAPITULO III.- PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.....	63
a) Punibilidad.....	63
b) Excusas Absolutorias.....	85
CAPITULO IV.- ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO.....	90
a) Concurso del Delito.....	90
1. Real.....	90
2. Ideal.....	92
b) Participación.....	94
c) Tentativa y Consumación.....	99

CAPITULO V.- ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.....110

- a) Analisis del Concepto Legal de "Abuso Sexual".....117**
- b) Estudio Dogmatico.....120**

Conclusiones.-.....142

Bibliografia.-.....144

INTRODUCCION.

La presente investigación es el resultado del deseo de estudiar desde el punto de vista de la Dogmática Jurídico Penal al delito y en especial un delito sexual desde su creación hasta nuestros días, así como sus características y circunstancias ".

Es interesante darse cuenta de que el " desarrollo " de la humanidad ha traído como consecuencia la regulación de conductas que no siempre se consideraron como atentatorias de una moral en un principio o de un orden normativo después. Así pues nos damos cuenta de que el criterio que para distinguir los delitos sexuales se utiliza actualmente, no siempre se observa en la evolución histórica del Derecho Penal.

Leyendo y buscando encontré una larga tradición de conductas todas ellas de índole sexual, que en el principio de los tiempos fueron consideradas sólo al margen de la naturaleza del hombre que las ejecutaba. Así sabemos que en épocas anteriores a la nuestra, las culturas paganas, principalmente las de las ciudades griegas y de la Roma primitiva, guardaban una actitud de elegante indiferencia ante los problemas de la sexualidad desordenada. Si el paganismo es aquella fase de las creencias míticas en que el hombre politeísta proyecta en sus dioses y héroes semidivinos los incomprensidos fenómenos y fuerzas de la naturaleza que lo rodean amenazantes, y también el misterio de sus personales pasiones, parece natural que las divinidades se comporten a imitación del hombre y tengan sus

las divinidades se comporten a imitación del hombre y tengan sus mismas inclinaciones y apetencias, aún las del delito.

Así, en el Olimpo, el prepotente Zeus ama corporalmente y llega hasta realizar acciones vedadas, por ilícitas, a los simples mortales: disfrazado de toro, rapta; en forma de lluvia de oro, estupra; encarnado en cisne, viola; es además, incestuoso y adúltero crónico.

Como repercusión de esa indiferencia, las legislaciones punitivas, en términos de generalidad, tenían que ser parcas en la expresión de delitos relativos a la licencia en las costumbres. Es cierto que por ejemplo, en la lenta evolución del Derecho Penal romano anterior al Cristianismo, según enseña Mommsen, se llegaron a considerar como delitos la violación, el rapto, el incesto, el adulterio, el estupro, el lenocinio y la pederastia. Sin embargo, se advierte, la represión de estos hechos no se debía fundamentalmente a preocupaciones de pura moral sexual, sino a que entrañaban por coincidencia lesión a otros intereses estimados como muy valiosos; así, la violación y el rapto violento eran estimados como delitos de coacción, merecedores de pena extrema por el ultraje que representaban contra la libertad individual; el rapto voluntario, el adulterio de la mujer casada y el estupro se entendían como ofensas al pudor de la mujer, valorados como verdaderos robos contra el jefe de la familia, dado el criterio patrimonial que a ésta presidía; el incesto, además de las ideas religiosas condenadoras de su práctica, era sancionable como delito violador de los impedimentos matrimoniales, y la pederastia se reprimía de manera análoga al robo de hombres.

Al advenimiento del Cristianismo, los signos religiosos cambian; se necesita la administración de sacramentos para redimir a los hombres de la ilicitud que entraña la fornicación; el bautismo lustra del pecado de origen, que es de incontinencia sexual, y el matrimonio es la única forma de licitud para las relaciones sexuales; además, se impone a los sacerdotes el celibato y castidad obligatorios.

Las legislaciones seculares, influidas por la suprema moral cristiana, incurrieron, sin embargo, en el error de confundir la noción de pecado de lujuria - acto de fornicación contrario a la ley de Dios - con la misión política de la justicia de los hombres.

Garraud dice con razón: " Dos rasgos comunes caracterizan las disposiciones penales en esta materia: parece, en primer lugar, que las disposiciones de la ley penal han sido desprendidas de una obra teológica; los límites que separan el pecado y el delito no se perciben; lo que la ley castiga es la lujuria, es decir, toda conjunción sexual, toda costumbre carnal ilícita; en segundo lugar, se reprime ese pecado con una severidad extrema, hasta el grado de sancionar la relación erótica fuera del estado matrimonial con la pena capital.

Los germanos y los latinos siguieron, no obstante, desde este punto de vista ideas diferentes. Los primeros acordaron para el matrimonio una protección particular, los segundos tuvieron una manera de ver más indulgente, y a pesar de la influencia del Cristianismo, no llegaron a considerar como punibles todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio; la simple fornicación no estaba marcada con pena alguna, más unos y otros castigaban los actos de libertinaje.

Una reacción contra esta intromisión de la ley penal en el dominio de la moral individual se produjo, tanto en Alemania como en Francia, en la segunda mitad del siglo XVIII; pero no es sino hasta el siglo XIX cuando este movimiento ha podido triunfar y cuando se ha logrado que los Códigos modernos distingan más y más cada vez lo que pertenece al dominio de la ley moral y lo que pertenece al dominio de la ley social.

Todavía en nuestros días las legislaciones de origen germánico conservan, desde el punto de vista de los delitos contra las costumbres, una tendencia a la vez más extensiva y más represiva que la de los Códigos que han tenido su origen en el francés".

Sobre este particular, y en el mismo sentido, Cuello Calón anota que: "mientras los países latinos en general han conseguido emanciparse por completo de la antigua concepción religiosa que confundía en el terreno sexual los ataques contra la moral, o la religión y el Derecho, por el contrario, numerosos Códigos y leyes, especialmente germanos y anglo-sajones, aún se muestran profundamente influidos por

aquellas ideas, penando la homosexualidad (como hacen también los Códigos alemán, noruego, los de numerosos cantones suizos, las legislaciones inglesas y norteamericanas, etc.); la bestialidad (el Código Penal alemán, húngaro, noruego, la legislación inglesa, el Código de Canadá, Tasmania, varios cantones suizos, etc.); en algunos países todavía se pena la unión sexual extramatrimonial; la simple fornicación (en los Códigos de los cantones suizos de San Galo, Lucerna, Graubünden, Obwalden, en los dos cantones de Appenzell), y el simple concubinato sin escándalo en (Basilea, Lucerna, Schaffhausen, Graubünden, Obwalden, Berna, y Glarus)". Estas enumeraciones de Códigos de los cantones suizos, eran para los anteriores al actual Código de la Confederación Suiza. Pero en los años actuales, como una consecuencia de la mayor libertad en las costumbres sexuales y de la disminución de la censura social, se ha abierto paso una corriente más liberal en las legislaciones penales, no sólo latinas sino germánicas y anglosajonas, tendiente a no considerar ya como delitos los simples actos irregulares del instinto sexual.

En términos generales, Garraud insiste: "La separación del Derecho respecto de la moral y de la religión es uno de los rasgos característicos de las legislaciones del siglo XIX", al compararlos con las legislaciones de siglos pasados. Es, sobre todo a propósito de los actos contrarios a las buenas costumbres en donde el contraste es muy perceptible. Los Códigos modernos pasan indiferentes al lado de esos actos que, en principio, quedan bajo el dominio de la conciencia y no entran bajo la esfera de la ley penal sino cuando van

acompañados de las siguientes circunstancias:

- 1a. Cuando son cometidos públicamente y constituyen así ultrajes al pudor de todos;
- 2a. Cuando son cometidos por medio de violencia;
- 3a. Cuando son cometidos en personas que no pueden emitir un consentimiento válido;
- 4a. Cuando constituyen violación de la fe conyugal; y
- 5a. Cuando suponen excitación al libertinaje o facilidades dadas a la prostitución.

Así pues el transcurso de la vida nos demuestra que las más dispares circunstancias modifican los comportamientos sexuales. De ahí que al cambiar y evolucionar las actitudes, tengan que cambiar los criterios, las opiniones, y la legislación.

El delito de abuso sexual actualmente se comete con mayor frecuencia, y el número de casos denunciados a las autoridades constituye un porcentaje mínimo de la realidad. Porque los seres humanos que no acabamos de comprender la igualdad de derechos entre los sexos, insistimos en el ataque ante lo que estimamos es una provocación en la mujer o en el hombre modernos, cuando estos mujer u hombre lo único que hacen es desenvolverse sin complejos y en las mismas circunstancias. Ese abuso sexual tiene su desarrollo en distintos lugares; en el hogar, la oficina, en la calle, en el automóvil, en el autobús, en un sitio público, etc.

Esto es lo que el legislador mexicano a través del artículo 260 ha querido impedir ese ataque impune, ante el cual se encuentra la víctima, con ello se pretende que la mujer o varón que sufra el delito tenga un apoyo jurídico, legal, que tenga la seguridad de que puede acudir a la autoridad para defender su "libertad", su "libertad sexual"; que el sujeto activo del delito se detenga a pensar en las consecuencias legales de sus actos aunque esto desgraciadamente sea difícil aún ahora. Sin embargo el primer paso trascendental está dado.

Después de 1984 cuando en el seno de la asamblea nacional constituyente se daba la primera muestra de preocupación por esta conducta antijurídica se llegó al 12 de julio de 1990 momento en el que los ciudadanos diputados se solidarizaron en un esfuerzo conjunto dejando de lado sus propios intereses de partido y sus diferencias en el terreno político e ideológico, logrando así consenso en un tema de interés para la nación. De este modo es como la propuesta de reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal vería su realización siendo votada favorablemente y de este modo aprobada.

La reforma al ordenamiento legal mencionado de fecha 21 de enero de 1991 y el Artículo 260 que contiene el tipo delictivo de abuso sexual dan muestras de la clara evolución que en materia legislativa se vive en nuestro país, y son el motivo del presente libro.

La intención del presente es analizar el tipo penal inserto dentro del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para todo el territorio de la República en materia del Fuero Federal, título Decimoquinto: "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual", Capítulo I, bajo el rubro de: "Delito de Abuso Sexual", descrito en el Artículo 260, así como sus elementos constitutivos, tales como: Conducta, Tipo y Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad y Punibilidad. De igual modo estudiar los Aspectos Colaterales del Delito, los que se señalan como: Concurso del Delito y Participación; y, a través de este estudio dogmático del delito de Abuso Sexual tratar teniendo al Derecho como marco regulador de mis criterios, confirmar las ideas del legislador en algunos casos y criticarlo constructivamente en otros aportando a través de las conclusiones ideas que logren proporcionar mayores garantías de seguridad y de legalidad, ideales de cualquier grupo humano desarrollado y moderno.

Ciudad Universitaria, julio de mil novecientos noventa y tres.

CAPITULO I.- CONCEPTO DEL DELITO Y SUS ELEMENTOS.

El maestro Eduardo Garcia Maynes en su obra Introducción al Estudio del Derecho, p. 141 (edic. 38a., Editorial Porrúa, S.A. México, 1986), nos dice que delito es: "acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya comisión hace acreedor al delincuente de determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas".

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos (Ibid., p. 165), nos define a delito como: "La conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible atendiendo, por tanto, a un criterio pentatómico".

Ignacio Villalobos (Ibid., p. 205) sostiene que delito es: "Acto u omisión que infringe las leyes penales vigentes".

Una noción verdadera del delito la suministra la ley al destacar la amenaza penal. Lo que realmente caracteriza el delito es su sanción penal. Sin ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de un apena, no constituirá delito. De aquí que en su aspecto formal pueda ser definido como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. Este criterio ha sido aceptado por algunos criminalistas que, aun discordando en puntos secundarios, consideran como carácter predominante del delito la prohibición del hecho que lo constituye mediante la amenaza penal. (1)

(1) CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal. Tomo I (Parte General) Volumen Primero, 18ª Edición, BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1981. p. 298

A) PRESUPUESTOS DEL DELITO.- Presupuestos del Delito son los datos de hechos, existentes antes del delito, que contribuyen a dar al hecho significación y relevancia.

Siendo el delito un hecho del hombre, no puede tener realidad sin la preexistencia tanto de un sujeto imputable como de un bien susceptible de lesión y de una norma penal. Asimismo, la existencia del bien supone un titular de él, de donde es igualmente presupuesto el derecho subjetivo del sujeto pasivo del delito. (MARSICH)

Los presupuestos de la conducta o del hecho - al decir de Porte Petit - son los antecedentes previos, jurídicos o materiales, necesarios para la existencia de la conducta o hecho constitutivos del delito. Estos presupuestos pueden ser igualmente, generales o especiales. De la definición se desprende que tales presupuestos son de naturaleza jurídica o material. Los presupuestos jurídicos son las normas de Derecho y otros actos de naturaleza jurídica, de los que la norma incriminadora presupone la preexistencia para la integración del delito, mientras los presupuestos materiales son las condiciones reales preexistentes en las cuales debe iniciarse y cumplirse la ejecución del hecho. La ausencia de un presupuesto de la conducta o del hecho implica la "imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descritos en el tipo". Son requisitos de estos presupuestos: a) Un elemento jurídico o material; b) Previo a la realización de la conducta o del hecho, y c) Necesario para la existencia de la conducta o del hecho descrito por el tipo. (2)

(2) PORTE PETIT, cit. por Pavón, Op. cit., p. 180

B) CONDUCTA Y TIPICIDAD.-

a) Conducta y su Aspecto Negativo.- Citaremos algunas de las opiniones que sobre el concepto "conducta", apuntan algunos de los tratadistas en Derecho Penal que conocemos.

En principio el maestro CASTELLANOS, Fernando nos dice que : "La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." (3)

PORTE PETIT al estudiar la conducta expresa que, para definirla se debe abarcar la noción de la acción y de la omisión, estimando que consiste "en un hacer o en un no hacer voluntario o no voluntario (olvido)". (4)

PAVON VASCONCELOS, Francisco: "La conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce extraordinariamente en una actividad o inactividad voluntaria. Este concepto es comprensivo de las formas en las cuales la conducta pueda expresarse: acción u omisión. Conviene insistir en que la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, una abstención un no hacer; tanto el actuar como el omitir, el hacer como el no hacer, tienen íntima conexión con un factor de carácter psíquico que se identifica con la voluntad de ejecutar la acción o de no realizar la actividad esperada". (5)

(3) CASTELLANOS, Fernando: Lineamientos elementales de Derecho Penal, pág. 149, México, 1990.

(4) PORTE PETIT, Celestino: Apuntes de la Parte General del Derecho Penal, I, p. 156, México, 1990.

(5) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Manual de Derecho Penal Mexicano, p.p 185-186, México, 1991.

Así la voluntad para exteriorizarse puede adoptar las formas de: a) Acción y, b) Omisión.

Por cuanto a esta última, se le divide en :

1. Omisión simple, y 2. Omisión impropia o comisión por omisión.

La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión). (6)

CONCEPTO FINALISTA DE CONDUCTA: "Conducta es un hacer voluntario, voluntad implica finalidad, conducta es un hacer final". (7)

CONCEPTO CAUSALISTA DE CONDUCTA: "Conducta es un hacer voluntario; la voluntad puede separarse de la finalidad; conducta es un hacer, final, pero en es que no se toma en cuenta la finalidad.

Criticalla antijuridicidad recae sobre un proceso causal, porque un hacer privado de finalidad queda privado de voluntad y no es conducta. (8)

(6) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Manual de Derecho Penal Mexicano, p.p 186-187, México, 1991.

(7) ZAFFARONI, Eugenio Raúl: MANUAL DE DERECHO PENAL, p. 376, México, 1988

(8) Loc. Cit.

CONCEPTOS "SISTEMATICOS" DE CONDUCTA: "Los caracteres de la conducta los da la tipicidad".

"Para averiguar que caracteres de la conducta pertenecen al injusto, se necesita preguntarle al injusto que es la conducta". (9)

De acuerdo a los conceptos anteriormente citados se puede concluir que delitos de acción son aquellos en los que su resultado se expresa en una transformación del mundo exterior, una alteración de este como consecuencia de un movimiento corporal, de un hacer, pudiendo ser este mínimo o máximo utilizando para ello la fuerza física o psíquica.

Los delitos de omisión son aquellos en los que su resultado es consecuencia de un no hacer o un dejar de hacer voluntario.

La voluntad es fundamental para su determinación, pues es este deseo de hacer o de no hacer, esta exteriorización de la voluntad violatoria de una norma prohibitiva lo que da origen al primer elemento constitutivo del delito; la CONDUCTA.

Es oportuno además al analizar este elemento del delito considerar la existencia de los siguientes aspectos:

19. Sujeto Activo o Agente.- Es aquél que realiza o efectúa el evento delictivo, que lleva a cabo la conducta considerada ilícita.

(9) Idid, p. 376

29. Sujeto Pasivo.- Es el titular del Derecho violado y jurídicamente tutelado.

30. Objeto Material.- Es aquella persona o cosa que resiente el daño producido o el peligro creado.

40. Objeto Jurídico.- Se constituye por las características legales a las que se denomina bien jurídicamente tutelado, es decir, son aquellas circunstancias o derechos a los que se trata de proteger al tipificar la conducta como delito.

De acuerdo al Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal son circunstancias excluyentes de responsabilidad:

I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias;

II. 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;

III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin Derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quién a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin Derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tengan la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso o a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

IV. 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 este no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance;

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un Derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el Derecho;

VI. 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 medio practicable y menos perjudicial al alcance de la gente;

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía;

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley Penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;

IX. (derogada);

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas;

XI. Realizar la acción y 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. No se excluye la responsabilidad si el error es visible.

La dogmática del delito ha adoptado como casos de ausencia de conducta:

I. La vis absoluta, violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible, y

II. La fuerza mayor.

I.- La "vis absoluta" o "fuerza irresistible", se encuentra contemplada como excluyente de responsabilidad en el artículo 15 de nuestro Código Penal; En ella el sujeto productor de la última condición en el proceso material de la causalidad, pone a contribución en la verificación del resultado su movimiento corporal o su inactividad, es decir, su actuación física pero no su voluntad; actúa involuntariamente impulsado por una fuerza exterior, de carácter físico, dominante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla.

La vis absoluta o fuerza irresistible supone, por tanto, ausencia del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción o una omisión relevantes para el Derecho; quien actúa o deja de actuar se convierte en instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el constreñido no ha podido materialmente oponerse.

De acuerdo a la fracción primera del artículo 15 del Código Penal podemos deducir que la vis absoluta tiene como requisitos:

- a) Una actuación consistente en una actividad o inactividad involuntaria.
- b) Motivada por una fuerza física, exterior e irresistible.
- c) Proveniente de otro hombre que es su causa.

II. La fuerza mayor.-En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o 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. Por tanto, se diferencia de la vis absoluta en que en ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquella encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o subhumana.

La involuntariedad del actuar al impulso de esa fuerza exterior e irresistible impide la integración de la conducta y por ello la fuerza mayor (vis maior), como la vis absoluta, conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. Si el hacer o el no hacer son inatribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo en consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico. (10)

Para algunos penalistas también son verdaderos aspectos negativos de la conducta: El sueño, el hipnotismo, y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad.

(10) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Manual de Derecho Penal, p.p 254-258, México, 1987.

Según opinión del maestro Ignacio Villalobos en el sonambulismo si existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes solo producen "una especie de conciencia" no correspondiendo a la realidad (inimputabilidad). Sostiene el mismo tratadista, que en el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo esto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, tratase de una inimputabilidad. Para el mismo profesor, el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también, según el caso, a una actio liberae in causa, cuando el responsable la preve y la consiente al entregarse al sueño.

Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad si entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o alusiones oníricas, que hagan al sujeto consumar actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente. (11)

(11) CASTELLANOS FERNANDO: Lineamientos...., p. 164

Los actos reflejos también son considerados como casos de ausencia de conducta, los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios pues si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito. (12)

Estos actos reflejos son - al decir de Mezger - "los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento". En los actos reflejos hay, como en las demás situaciones examinadas, movimientos corporales mas no la voluntad necesaria para integrar una conducta. (13)

Sin embargo considero que es aceptable como excluyente de responsabilidad el caso del estado de Hipnosis, en donde la persona realizaria la conducta típica bajo el mandato del hipnotizador; Dado que aunque existe el coeficiente físico de la acción típica no existe así la voluntad que necesariamente debe acompañarla, concluyendo de este modo que no puede integrarse como elemento sustancial del delito la conducta por falta de esta voluntad como elemento psíquico. (14)

(12) Ibid.

(13) PAVON VASCONCELOS: op. cit., p. 263

(14) PAVON VASCONCELOS Y VARGAS LOPEZ: Los Delitos..., p. 163

En tal hipótesis, debe haber también ausencia de voluntad previa, es decir, de consentimiento para caer en sueño hipnótico, pues de darse ese asentimiento para admitir el estado inconsciente se daría un caso de "actio liberae in causa". (15)

(15) CASTELLANOS: op. cit., p. 137.

b) RESULTADO.- Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo Penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo. Son delitos de mero peligro abstracto; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material (homicidio, robo y otros). (16)

El daño y el resultado.- Debemos considerar al resultado como la consecuencia de la conducta y, por lo tanto, como un elemento del hecho, cuando el resultado trae consigo un mutamiento de naturaleza material.

En la ausencia de resultado material, la conducta y la violación del ordenamiento jurídico agotan ese elemento objetivo del delito, sin implicar por ello la afirmación genérica de la existencia de delitos sin resultado, pues por tal no debemos entender, necesariamente una consecuencia de orden material sino también la naturaleza jurídica.

(16) CASTELLANOS: op. cit., p. 137.

Por ello es correcto considerar el resultado como elemento constitutivo del delito pues formando parte de la conducta o del hecho, elemento general, lo es también del todo. Lo mismo cabe decir respecto al resultado jurídico, para ser congruentes con la afirmación de negar la existencia de delitos sin resultado.

Los delitos llamados de omisión simple tienen un resultado identificado con el daño resultante de la violación al ordenamiento jurídico, resultado conveniente, con el material, en aquellos delitos productores de efectos naturales de orden material, según la descripción del tipo.

Ahora bien ese daño puede recaer sobre el mundo material y no solamente jurídico, pues la privación de la vida, en el delito de homicidio, implica la destrucción de la existencia como bien personal protegido en la norma; en tales casos, el daño tiene una doble proyección: una enfocada a la protección penalística, mientras la otra implica el efecto natural de la conducta en un proceso causal, al cual expresamente ha querido referirse la ley y constitutivo, a la vez, del objeto de la protección jurídica.

En el ejemplo del homicidio, la privación de la vida es el resultado material, efecto natural reconocido por la ley como consecuencia de la conducta y al mismo tiempo, desde el punto de vista de la tutela legal, el resultado jurídico, por lesionar el bien de la vida, objeto de la protección penalística.

El peligro como resultado.- La diferencia entre ambos resultados salta a la vista cuando el efecto natural de la conducta consiste en una situación de peligro; en tales casos el peligro constituye el resultado de la actividad o inactividad voluntarias del sujeto. En el orden exclusivamente jurídico el resultado es la lesión efectiva al ordenamiento legal, pues lo que se protege es la seguridad de ciertos bienes y la sola situación de peligro en que se les coloca produce el resultado jurídico como daño efectivo a la protección penalística, mientras que, por el contrario, el resultado material, como mutación del mundo externo al agente constituye la situación de peligro creada con la conducta.

El concepto de peligro, como resultado, tiene íntima conexión con el de probabilidad. Según la concepción moderna, "el peligro, no consiste en un estado de incertidumbre de la naturaleza, sino en una situación que lleva consigo la probabilidad, porque la naturaleza del caso concreto no altera el carácter general de los casos de la misma especie. La probabilidad, pues, no es algo arbitrario o imaginario, sino el producto de la experiencia, o sea, de la observación sistemática de hecho. Hemos dicho que según la doctrina moderna el concepto de peligro va unido al concepto de probabilidad. Ahora bien el peligro no se reduce a la simple probabilidad: se concreta siempre en una situación de la realidad, en un estado de hecho que se llama situación o estado de peligro. Esta situación de la realidad, este estado de hecho es una modificación del mundo exterior y por eso el peligro, en cuanto causado por la acción humana, con razón se considera como resultado. En segundo

lugar se debe tener presente que el peligro no comprende cualquier probabilidad, sino sólo la probabilidad de determinados efectos...por tanto, el peligro se puede definir: el estado de hecho que lleva consigo la probabilidad de un suceso dañoso. (17)

(17) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Derecho Penal Mexicano, p.p. 208-210, México, 1991.

c) Tipo y Tipicidad.- Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; más no toda conducta o hecho son delictuosos; se precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración.

El maestro Fernando Castellanos apunta en su libro "Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 165"; (18), que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta a la descripción legal formulada en abstracto.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos "con engaños", "furtivamente", etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito.

Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida (u ordenada en los delitos omisivos) ; entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo.

(18) CASTELLANOS, Fernando: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", p. 165. México, 1990.

Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa).

Con razón el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra "La Tipicidad", define el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley Penal. En concreto: El tipo a veces es la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro". (19)

De otro lado la tipicidad como elemento formal del delito es un tema cuya importancia trasciende la ciencia del Derecho Penal, para afectar el fundamento mismo del sistema político-jurídico.

Al referirnos al principio de la reserva o legalidad (necesario para el lógico entendimiento de este tema) asentaremos que este principio tiene un triple alcance:

1) Sólo la ley puede crear delitos y asignarles penas (legalidad).

2) La Ley Penal no puede aplicarse a hechos anteriores a su vigencia (irretroactividad), y

3) La Ley Penal debe referirse a hechos concretos y no puede dar simples criterios de punibilidad (tipicidad).

(19) JIMENEZ HUERTA: op. cit., p.p. 166-167.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho que se está juzgando.

Por otra parte, podría pensarse que la expresión hecho es amplia, y que el estado o condición de una persona V. gr. en sentido lato, podría considerarse también como hecho, y la ley podría castigarlo. Si la ley Penal pudiera señalar simples criterios de penalidad o delegar estas funciones dejaría de ser una garantía. Si un ciudadano fuera juzgado en virtud de una ley que dispusiera: "son delitos las acciones contrarias al sentimiento de solidaridad social" o bien "son delitos las acciones que el presidente de la República declare tales, estaría formalmente dentro de la exigencia constitucional de ser juzgado según una ley anterior al hecho, pero sustancialmente esto ya no sería una garantía política en ningún sentido. Designamos así en un sentido primero y más elevado, con el nombre de tipicidad a esa particular cualidad de la ley Penal de manifestarse siempre en forma de descripción concreta de acciones humanas.

De los tres sentidos que hemos dado al principio, el de la irretroactividad de la ley Penal es el más antiguo. En especial bajo la influencia del humanitarismo, los juristas insistieron más tarde en el sentido de legalidad.

En un comienzo, ello tuvo significado primordialmente político, contra la arbitrariedad de los gobiernos despóticos. Más tarde, los clásicos y los iniciadores del estudio científico del

Derecho se ocuparon del papel técnico del principio de legalidad, al señalar como característica esencial del delito la contrariedad al Derecho. Así, Von Liszt señala que el delito es una acción anti-jurídica, culpable y penada; Carrara da su célebre regla sobre la triple imputación del delito: "Tú lo hiciste (imputación física), voluntariamente (imputación moral) y contra la ley (imputación legal)". Parten estos juristas de la base de que el acto señalado en la ley Penal es contrario a ella y debe ser penado, mientras no intervenga una causa especial que exima de pena, que también debe estar señalada en la ley.

Binding hace notar que en verdad el delincuente no viola la ley Penal, sino que ajusta a ella su conducta al realizar la hipótesis allí descrita y que permite realizar su segunda parte, la imposición de la pena. Lo que viola es un mandato no expresado, superior a la ley y anterior a ella, que se encuentra a veces en el resto del orden jurídico y a veces en una zona suprallegal, de carácter cultural y social: la norma.

Finalmente, esta corriente llega a su culminación con el pensamiento de Beling creador de la doctrina de la tipicidad. En 1906 escribe Beling su obra "La Doctrina del Delito", en la que expone por primera vez su célebre teoría sobre el "Tipo Legal", que se refiere al error como causal eximente de responsabilidad Penal, y declara exento de pena, al que ha obrado padeciendo de error o ignorancia a una de las circunstancias de hecho que componen el Tatbestand legal. Es este un sustantivo compuesto, derivado de Tat (hecho) y Bistand (existencia o coexistencia) de modo que, traducido

literalmente, significaría con aproximación, "la consistencia del hecho" o "aquello en que el hecho consiste", lo que se agregaría al adjetivo legal, de modo que en definitiva Gesetzliche Tatbestand sería aquello en que el hecho consiste según la ley. Para Beling el Tatbestand (provisionalmente traduciremos por tipo) es simplemente la descripción legal de un hecho, desprovisto de toda valoración o juicio acerca de él y vacía también de imperatividad. Es un puro esquema abstracto, que se deduce de la lectura de los preceptos legales. La parte especial de los Códigos Penales es un catálogo de tipos, que Beling compara con un libro de imágenes: Solo son delitos los hechos que corresponden a alguna de las imágenes del catálogo, y sólo el legislador puede agregar, eliminar, o modificar las imágenes del libro.

Pero Beling va más allá y coloca al tipo en el centro de toda la teoría del delito, pues es el concepto formal del delito entero. El tipo es una especie de molde por donde la acción debe pasar: si se ajusta a él, la acción es típica. Pero lo subjetivo del delito, la culpabilidad, también debe ajustarse al mismo molde: el dolo debe ser dolo de determinado tipo. No puede darse el delito de estafa, con una acción de estafa, pero con el dolo de la violación. De este modo, y según Beling, el tipo es un elemento central, informador de la faz objetiva y de la faz subjetiva del delito, que solo son relevantes si asumen la forma del tipo. La tipicidad es, en la expresión de Beling, un concepto "troncal", ordenador, que imprime su forma al delito todo. Comparando al delito con una estatua la acción es una sustancia (bronce), la tipicidad es su forma (estatua de tal o

cual prócer), y la antijuridicidad y la culpabilidad son juicios de valor a una de la estatua misma y su autor (hermosa o fea; bien o mal hecha).

Mayor crítica algunos aspectos de la doctrina de Beling, aunque acepta sus bases. Considera que no puede afirmarse una radical independencia entre el elemento tipicidad (puramente descriptivo) y el elemento antijuridicidad (valorativo), ya que el legislador, cuando describe conductas y le señala penas lo hace por que las estima contrarias, en general al Derecho, sin perjuicio de aceptar excepciones, y por consiguiente, al concluir que un hecho es típico, podemos afirmar que probablemente es también antijurídico. La tipicidad tendría un valor indiciario de la antijuridicidad (ratio essendi de ella). Mezger va más allá y afirma que ciertas acciones son antijurídicas por que están tipificadas en la ley, de modo que la tipicidad sería la verdadera esencia de la antijuridicidad (ratio essendi de la misma).

Beling publica posteriormente su trabajo "la Doctrina del Delito -Tipo" introduciendo una mayor precisión terminológica y diversos matices en los conceptos.

La misión de la tipicidad en el campo del Derecho, es de un triple orden.

1) Es la más alta garantía jurídico-política. El principio "no hay pena sin ley" es la piedra angular de un sistema de Derecho liberal con el sistema de las descripciones legales, el Derecho Penal

cumple su función de previsión, y el ciudadano sabe lo que puede y lo que no puede hacer. Así el desarrollo último del principio de la reserva según Beling es: "no hay delito sin tipo".

2) En la ciencia jurídica desempeña un papel fundamental, por su posición "troncal", informadora de todos los aspectos del delito, que deben ser analizados orientándose en la dirección del tipo ; y

3) En la aplicación práctica del Derecho, es herramienta indispensable del juez, y del intérprete para analizar los hechos concretos de la vida real, tanto en su aspecto objetivo, como en sus características subjetivas.

Finalmente, se denomina "adecuación típica" a esa correspondencia que existe entre un hecho real y la descripción legal. Otros la llaman simplemente "tipicidad", lo que no es incorrecto, pero tiene el inconveniente de ser una expresión susceptible de interpretarse en muchos sentidos. El término "encuadrabilidad" da una idea muy exacta del concepto, pero no es de aceptación general.

La importancia fundamental de todas estas distinciones radica en que el "tipo" resulta así, en lo jurídico-Penal, lo que verdaderamente imprime su forma al delito, es decir, lo hace consistir en un determinado delito y no en otro. Y como en un ordenamiento jurídico regido por el principio de la reserva no hay delitos "generales", "innominados", sino siempre específicos, resulta muy exacta la conclusión de Beling : " NO HAY DELITO SIN TIPO ".

De este modo y considerando los distintos criterios de los tratadistas anotados podemos concluir sintetizando que tipo es: la descripción legislativa, la que señala el legislador en la ley; y tipicidad es: el perfecto encuadre o amoldamiento de la conducta del agente al tipo Penal.

d) Elementos del Tipo.- El tipo legal se nos presenta, de ordinario, como una mera descripción de la conducta humana, tal como sucede, por ejemplo, en los artículos 238 (falsificación o alteración de billetes de banco), 241 (falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas o medidas), 244 (falsificación de documentos públicos o privados) etcétera. En otras el tipo describe además el efecto o resultado de material de la acción u omisión, como sucede en los artículos 288 (lesiones), 302 (homicidio), 323 (parricidio), etcétera, o bien contiene referencias a los sujetos (artículos 323, 325, etc.), a los medios de comisión específicamente requeridos por la figura especial (engaño en el estupro, artículo 262), modalidades de la propia acción (apoderamiento con violencia en el robo; premeditación en el homicidio) que forman parte igualmente del tipo, o hace referencia a determinados estados de ánimo o tendencia del sujeto, al fin de la acción etcétera. (20)

(20) PAVON VASCONCELOS, Francisco: Derecho Penal Mexicano, p. 275

Los elementos del tipo se dividen para su estudio en:

1. Elementos objetivos,
2. Elementos normativos, y
3. Elementos subjetivos.

1. Elementos objetivos.-Son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad Penal.

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendentes para el Derecho, expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo (atentar, poseer, privar, etc.), son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etcétera, conectadas a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal.

Estas modalidades no interesan en principio a la ley, y por ende no influyen en la tipicidad de la conducta o del hecho, pero en ocasiones la adecuación típica sólo puede producirse cuando se satisfacen las exigencias concretas de la ley.

Esas modalidades son:

a) Calidades referidas al sujeto activo. A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto y por tal razón se les ha denominado delitos propios, particulares o exclusivos, para diferenciarlos de los delitos de sujeto común o indiferente, no

debiéndoseles confundir con los delitos de propia mano, los cuales excluyen la posibilidad de ser cometidos por persona distinta del autor, en atención a su especial naturaleza, como es el caso de la falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad (artículo 247).

b) Calidades referidas al sujeto pasivo. En otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en especial ámbito del tipo concreto.

Son calidades exigidas por la ley, en el sujeto pasivo, el ser descendiente del autor en el parricidio (artículo 323), etc.

c) Referencias temporales y espaciales. La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. Así sucede, por ejemplo, en los artículos 329 (en cualquier momento de la preñez), 381 (cuando se cometa el delito en un lugar cerrado), etcétera.

d) Referencias a los medios de comisión. Aun cuando por lo general, el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial

para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena.

Ello sucede, entre otros casos, en los delitos tipificados por los artículos 265 (cópula obtenida mediante la violencia física o moral), 372 (robo con violencia), etcétera.

e) Referencias al objeto material. Aquí se hace alusión al objeto material o corporal de la acción, sobre el cual recae la conducta.

Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas, punzones, cuños, troqueles títulos al portador y documentos de crédito (artículos 239 y 241); moneda, billetes de banco (artículos 234 y 238), etcétera. (21)

2. Elementos Normativos.-"Son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. Tal valoración del hecho se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.

(21) PAVON VASCÓNCELOS, Francisco: Derecho Penal Mexicano, p. 279

En nuestro Derecho Positivo podemos mencionar, como ejemplos de tipos con elementos normativos, los siguientes: artículo 214, fracción I (servidor público que ejerza las funciones...sin los requisitos legales); artículo 257, fracción I (a los empresarios, administradores...que no tengan autorización legal), etc. (22)

3. Elementos Subjetivos.- Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. Tales elementos exceden del mero marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo cuando éste los requiere. A estos elementos se les ha venido denominando elementos subjetivos del injusto. (23)

Existen muy diversas posiciones respecto de este elemento en la doctrina, sin embargo me inclino por el criterio mixto que encuentra referencias, en tales elementos, tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular. De este modo comparto el criterio que utiliza el maestro JIMENEZ DE ASUA quien cita que en ocasiones, la referencia a la culpabilidad es manifiesta con el uso de expresiones que aluden a la intención, al dolo del agente, tales como voluntariamente, con intención, intencionalmente, maliciosamente, deliberadamente, a sabiendas, etcétera. Igualmente la referencia al móvil revela la exigencia del tipo para comprobar la culpabilidad.

(22) PAVON VASCONCELOS, Francisco : op.cit., p.278

(23) Loc. cit.

El propósito o la finalidad hacen clara la vinculación de los elementos subjetivos a la antijuridicidad (proponiéndose un interés, propósito de causar perjuicio, para fines propios o ajenos, etc.). (24)

CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.-

I. Por su composición pueden ser:

a) normales.- Son cuando dentro de su contenido no existen valoraciones subjetivas, esto es, no hay concepciones subjetivas, sino que todo es objetivo y evidente, por ejemplo el homicidio.

b) anormales.- Cuando se requiere en el tipo que haga una descripción subjetiva, valorativa.

II. Por su ordenación metodología pueden ser:

a) fundamentales.- Cuando sirven de esencia o sustentación de dos tipos penales.

b) especial.- Es aquel que al tipo fundamental se le agregan otros requisitos dando origen a otro tipo Penal.

c) complementados.- Cuando el elemento o tipo básico no se le agrega nada sino solamente se presentan circunstancias que lo hacen distinto, pero no hay agregados sino solo circunstancias.

III. Por su formulación pueden ser:

a) casuísticos.- Son cuando en su texto se señala de manera precisa la forma y medios por los que se puede cometer.

b) amplios.- Cuando en la descripción legislativa no se señala medios por los que puede cometerse, sino en general puede ser cualquiera.

(24) JIMÉNEZ DE ASUA cit. por Pavón V. Francisco, op. cit., p.283

IV. Por su autonomía pueden ser.

a) autónomos.- Son aquellos que tienen vida por sí mismos y no dependen de otro tipo legal.

b) subordinados.- Son aquellos que para subsistir requieren de otro tipo legal.

V. Por el daño que causan pueden ser:

a) de daño.- Cuando hay una disminución del bien jurídicamente tutelado.

b) de peligro.- Cuando solo se pone en riesgo el bien jurídicamente tutelado pero sin llegar a disminuirlo.

e) 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".

La ausencia del tipo se distingue de la atipicidad pues la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. (25)

" En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo." (26)

(25) CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 172.

(26) Ibid., p. 173

La anterior anotación hecha por el maestro Castellanos no puede ser tomada del todo correcta, ya que como lo menciona Jiménez de Asúa "existe ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley Penal "no ha descrito la conducta que en realidad se ha presentado con característica antijurídica ausencia de tipicidad, en sentido estricto". (27)

Así pues la ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o un hecho.

Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica.

Las causas de atipicidad concretamente son las siguientes:

- a) cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto activo;
- b) cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;
- c) cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley en cuanto a sus atributos;

(27) JIMENEZ DE ASUA cit. por Pavón V. Francisco, op.cit., p.283

d) cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;

e) cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y

f) cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

CAPITULO II.- ANTIJURIDICIDAD, IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD.

a) Antijuridicidad y su Aspecto Negativo.- El delito es conducta humana ; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, antijurídica, y culpable.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

Cuello Calón: " la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-Penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada" . (28)

Para Sebastián Soler, "no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del DERECHO entendido en su totalidad, como organismo unitario". (29)

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa pero no es un proceso psicológico casual; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

(28) CUELLO CALÓN cit. por Castellanos Fernando, op. cit. p. 175

(29) SOLER SEBASTIAN cit. por Castellanos Fernando, op. cit. 176

Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del estado. "Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo Penal respectivo. (30)

Antijuridicidad Formal y Material.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida del estado (oposición a la ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. (31)

Cuello Calón: "hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material)". (32)

(30) CASTELLANOS, Fernando. op. cit. p. 176)

(31) ibid., p. 178

(32) CUELLO CALÓN, cit. por Castellanos Fernando, op. cit., p. 178

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad.

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 a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denominación de causas excluyentes de responsabilidad, causas de inculpatión, etc. El Código Penal vigente utiliza la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Las causas excluyentes de responsabilidad 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, referida al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal, e intransitiva. Los efectos de las primeras, son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en 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 diversa forma y grado. El inimputable, es psicológicamente 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. El inimputable, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de

justificación son reales, favorecen a cuantos, intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.

Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a la incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni Civil ni Penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.

Excluyentes Supra-Legales.- A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama "supralegales, no es acertada esta denominación, porque sólo pueden operar si se desprenden dogmáticamente, es decir, del ordenamiento positivo; mas la doctrina designa así a las causas impositivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica.

Aludir a supralegalidad produce la impresión de algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esas eximentes derivan de la propia ley. (33)

Tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supralegales. "Toda antijuridicidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuridicidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal.

(33) CASTELLANOS, Fernando, op. cit., p. 183.

Esta antijuridicidad formal, no puede ser destruida sino por otra declaración legal de tal suerte que aunque desapareciera el contenido material de antijuridicidad en un acto, éste continuaría siendo antijurídico formalmente mientras la ley no admitiera y declarase formalmente también, aquella desaparición de la antijuridicidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo. Esta exigencia no lo es respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tiene carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor recae esa especialidad; pero el factor de antijuridicidad Penal, que siempre debe ser declarado por la ley y a veces aún es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando teniendo tal contenido desaparezca éste por causas especiales, mientras la misma ley no modifique su declaración primitiva o señale la causa que pueda anular sus efectos.

Así pues la excluyente de antijuridicidad, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal a que da vida también una declaración legal". (34)

(34) VILLALOBOS, Ignacio op. cit., p. 325

El estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. (35)

La exclusión de antijuridicidad se funda en: la ausencia de interés y en el interés preponderante.

a) Ausencia de interés.- Normalmente el consentimiento del ofendido resulta irrelevante para desechar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar éste no sólo intereses individuales, sino también la armonía colectiva; sin embargo ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular; este consentimiento entonces significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta ideal para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como "falta de consentimiento" (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso", etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requerimientos por darlos la ley por supuestos, se estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia de interés. (36)

(35) CASTELLANOS, Fernando op. cit., p. 185

(36) Loc. cit.

Hay casos en los que por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo.

b) Interés preponderante.- Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un Derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo. (37)

Causas de justificación de conformidad con la ley:

Legítima Defensa.- "es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor". (38)

Estado de necesidad.- es 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 (casos específicos del estado de necesidad en nuestra legislación: el aborto terapéutico y el robo famélico).

(37) CASTELLANOS, Fernando: op. cit., p. 186

(38) CUELLO CALÓN: Derecho Penal I, 18a. edic., Madrid, 1981. p. 341

Obediencia Jerárquica.- Opera cuando el sujeto actúa obedeciendo a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

Impedimento Legítimo.- Opera cuando el sujeto contraviene lo dispuesto en una ley Penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. (secreto profesional)

Cumplimiento de un deber y Ejercicio de un Derecho.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un Derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el Derecho.

b) Imputabilidad e Inimputabilidad.

IMPUTABILIDAD.- Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad 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 y no como un elemento del delito. Por Petit sostiene que, " la imputabilidad no constituye un elemento del delito, sino un presupuesto general del mismo". (39)

Así la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. (40)

"IMPUTABILIDAD: CAPACIDAD DE ENTENDER Y DE QUERER EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL".

(39) CASTELLANOS, Fernando: op. cit., p. 217

(40) VON LIZST, Franz: cit. por Castellanos Fernando, op.cit., p.217

INIMPUTABILIDAD.- La imputabilidad es la calidad referida al desarrollo y salud mental del sujeto así pues, la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de ésta, siendo causas de inimputabilidad aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental del sujeto en cuyo caso éste carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

La doctrina acepta, fundamentalmente la corriente alemana, que la imputabilidad es la capacidad de comprender lo injusto de una conducta aunada a la capacidad de ejecutar voluntariamente un determinado acto.

Para Zaffaroni, la imputabilidad es una característica de la conducta que resulta de una capacidad del sujeto: "la capacidad psíquica del autor para comprender la antijuridicidad de su conducta le da a ésta el carácter de imputable".

La imputabilidad es la posibilidad de un sujeto de conocer en toda su magnitud la antijuridicidad de un hecho, por lo que, a contrario sensu, la inimputabilidad sugiere la presencia de un impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad.

La inimputabilidad produce como efecto fundamental y principalísimo, la inculpabilidad.

En relación a las causas de inimputabilidad, existen diversas opiniones en la doctrina. Comentando la nueva regulación de la inimputabilidad en el Código Penal del Distrito Federal,

Castellanos señala que nuestro ordenamiento Penal, antes de las reformas de 1983, contenía como causas de inimputabilidad, las siguientes: a) estados de inconsciencia; b) el miedo grave; y c) la sordomudez.

Actualmente el artículo 15, relativo a las Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad en su fracción II establece: (Padecer el inculpaado, 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).

La fracción transcrita abarca, pues, dos grandes hipótesis: a) trastorno mental; y b) desarrollo intelectual retardado.

La fracción II del artículo 15 expresamente deja establecido que el inculpaado de ciertos hechos criminales, es inimputable, en primer término, cuando sufre un padecimiento que altere sus facultades mentales, trayendo como consecuencia la imposibilidad de exigirle que en este estado, alcanzara a comprender la naturaleza del injusto. Por otra parte, agrega la circunstancia que pudiera existir un desarrollo intelectual retardado, que de igual manera le imposibilite al sujeto conocer los alcances de su conducta. Esto es que el sujeto por causas ajenas a su voluntad no desarrolla normalmente sus facultades intelectivas.

El precepto pone en un segundo término las causas de inimputabilidad, para darle relevancia a un supuesto central: que el sujeto esté en incapacidad psíquica para conocer los alcances de su acción.

Las psicopatías claramente provocan la imposibilidad de conocimiento de la realidad, teniendo como producto a un sujeto inimputable en el más extenso significado. Las alteraciones de las facultades serían, las insuficiencias provocadas por sustancias o por agentes externos, que traerían como consecuencia una función mental disminuida. Dice Zaffaroni, que en este renglón cabrían las perturbaciones epilépticas y otras afecciones psíquicas y físicas del mismo orden. En los estados delirantes, lo irreal y lo real se confunden, y no hay plena conciencia del sujeto. Los estados de imbecilidad o de idiotez, calificadas como oligofrenias en sus distintas clases, caerían en el segundo concepto, el desarrollo anormal del intelecto, que de igual manera, provoca la inimputabilidad.

La actio libera in causa se refiere a que el sujeto activo, se incapacite asimismo para cometer el hecho; mediante el uso de sustancias tóxicas autoadministradas intencionalmente, cayendo en un estado que le impide el conocimiento de sus actos.

La actio libera in causa, es la provocación intencional del sujeto, de ponerse bajo el influjo de drogas que lo trastornen, con el fin específico de cometer una infracción a la ley Penal. Antes de

la administración de sustancias tóxicas el sujeto conoce perfectamente los alcances de su acto, lo desea, tiene la voluntad de cometer el delito, y la posibilidad de entender su anti-juridicidad.

Cabe mencionar que la forma lógica para la actio libera in causa, es la dolosa, no admitiendo la culposa. Esto es claro si se toma en cuenta que en la especie, es el sujeto que con toda intención provoca el estado de inimputabilidad con el propósito de cometer el delito. Por consiguiente, no puede existir la culpa; sin embargo, la parte final de la fracción II preve la circunstancia de que el sujeto activo haya provocado esa incapacidad "intencional o imprudencialmente".

No puede hablarse de provocación "imprudencial", sobre todo si se toma en cuenta que la actio libera in causa, vincula la acción del infractor con su dolo. Al respecto cabe citar a Zaffaroni, que al tratar este aspecto establece que la conducta consiste en incapacitarse para obtener el resultado. (41)

De este modo queda impedida la existencia de la inimputabilidad cuando como causa excluyente de responsabilidad el estado de trastorno mental del sujeto activo del delito haya sido provocado por el mismo, dolosa o imprudencialmente, pues como se desprende de lo anteriormente citado no puede existir provocación culposa.

(41) ZAFFARONI, Raúl: Manual de Derecho Penal, 2ª. edic., Editorial Cárdenas Editor, México, 1988, p. 547.

c) Culpabilidad y su Aspecto Negativo.

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin el no es posible su existencia.

En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica", (42) comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.

Desde este punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente la libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad. (43)

La culpabilidad ha sido considerada, a través del tiempo, de diversas maneras. Primeramente, en las épocas más antiguas, la punición del hecho dañoso atendió al nexo objetivo existente entre la conducta del autor y el resultado de ella. La responsabilidad, por tanto, tuvo un carácter exclusivamente objetivo, siendo la lesión o el daño causado la legitimación de su punibilidad.

(42) SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, II., Buenos Aires, 1951. p.p. 17 y s.s.

(43) VON LISZT: Tratado de Derecho Penal, II. p.p. 387-388. Editorial Reus, Madrid. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Temis, 1954, p. 379.

Posteriormente se tomó en cuenta, además, para reprimir y castigar el hecho, pero fundamentalmente para fincar la responsabilidad, un elemento psicológico relacionante del daño con su autor, el cual se hizo consistir en la previsión del evento y la voluntariedad de su causación. Esta fórmula llegó a exagerarse, pues la manifestación de la voluntad criminal, en ocasiones, se castigó con independencia de la realización integral del hecho lesivo o de su proceso de ejecutividad.

En el primitivo Derecho punitivo, fundado en el principio de la venganza de sangre y la composición, fue del todo desconocida la exigencia de la culpabilidad para la sanción de los hechos considerados ilícitos.

El Derecho romano, surgido de las instituciones públicas, vino a consagrar la necesaria concurrencia del dolo para los delitos públicos, mientras que para la punición de los delitos privados consideró suficiente la culpa, poniéndose ahora en duda si en casos de delitos privados graves, como el homicidio y*el incendio, se llegó a la pena pública a través del concepto de la culpa. El delito culposo, no fue conocido en ninguna de las diversas etapas de la evolución del Derecho romano, correspondiendo a la ciencia italiana de la edad media la integración de la culpa como una forma de culpabilidad, llegando a distinguir aquélla del caso fortuito.

De acuerdo con el Derecho Común, en todo delito se requiere una mala intención, dolo. En la culpa existe un quasi crimen que sólo puede ser castigado con penas arbitrarias. Así fue elevada la culpa a

una de las formas generales de la culpabilidad, pero sin llegarse a delimitar su concepto. (44)

Con Reinhart Frank se inicia una corriente, llamada normativa, que implica posición diversa en el enfoque de la culpabilidad, a la cual se adhieren, con variantes, por no existir entre ellos una verdadera unidad de pensamiento, Goldschmidt, Freudenthal y Mezger, entre los autores alemanes. Esta doctrina, hace de la culpabilidad psicológica su objeto, estructurando el concepto de reprochabilidad como su esencia.

El desarrollo actual de la teoría normativa ubica, dentro del concepto de culpabilidad y por tanto como sus elementos los siguientes:

I. La imputabilidad

II. Las formas de culpabilidad, dolo y culpa, consideradas como partes integrantes de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y

III. La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad (inculpabilidad), pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

(44) FONTAN B, Carlos: El Elemento Subjetivo del Delito, De Palma Editor, Buenos Aires, 1957. p. 10

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro hecho psicológico, por cuanto en él descansa la necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

Mezger determina, como contenido del juicio de culpabilidad, al acto de voluntad; a los motivos del autor y a las referencias de la acción a la total personalidad del autor.(45)

Al acto de voluntad por ser la "referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta" (parte psicológica de la culpabilidad).

A los motivos del autor, por ser importante no sólo para la imputabilidad y el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad).

A las referencias de la acción a la total personalidad del autor porque el acto debe ser adecuado a la personalidad de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).

Las formas de la culpabilidad.

Se han aceptado, como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa. Una fuerte corriente de doctrina, en la cual destacan Marcelo Finck y Ottorino Vannini, entre otros, ha visto en el delito preterintencional (artículo 99. del C. Penal: " Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia").

(45) MEZGER: Tratado de Derecho Penal, II. Madrid, 1957. p. 54

Una mixtura de dolo y culpa, fenómeno observado de tiempo atrás, iniciando la tendencia al reconocimiento que caracteriza a los delitos preterintencionales, ubicados por la mayoría dentro de la familia de los delitos dolosos.

El dolo.- La voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, el cual consiste en querer realizar la acción o la omisión, o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal o la inactividad.

Ahora bien, la voluntad en el dolo rebasa el ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado, ejemplo: en el homicidio, el coeficiente psíquico de la conducta consistiría en querer realizar la acción (disparar= movimiento corporal) o la omisión (no dar al enfermo el medicamento prescrito= inactividad), en tanto dicha voluntad en el dolo radicaría en querer o aceptar el producir la muerte que se sabe consecuencia de la propia acción u omisión.

La voluntad, por sí misma, no puede agotar el contenido del dolo: se hace imprescindible igualmente el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación. Tal conocimiento debe abarcar la relación de causalidad, cuando ésta forma parte del hecho particularmente tipificado; la tipicidad del mismo, entendida de manera profana, y su carácter antijurídico.

De ello se deduce que el autor del homicidio debe prever que de su acción de disparar el arma habrá de resultar la muerte de un hombre, lo cual confirma que el conocimiento del hecho comprende la relación de causalidad cuando el tipo en consideración exija un resultado material.

La conciencia de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la sabe el técnico; mejor dicho, la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a una descripción típica, y no debe exigirse que conozca los elementos del tipo legal. Ello no quiere decir que se deba negar la conciencia de que se comete un hecho que tiene riguroso encaje en un tipo, por las razones, tan repetidas, de que en ese caso sólo los abogados serían capaces de dolo. Si el conocimiento de la mayoría en general es profano deben exigirse entonces como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica.

El dolo requiere igualmente el conocimiento de su significación, con lo cual se alude preferentemente a la antijuridicidad del hecho.

Al hacer referencia a la acción y a la omisión, se debe anotar que en la primera, con su actuar voluntario, el sujeto viola siempre un deber de abstención por contenerse en la norma una prohibición de hacer, en tanto, en la segunda, con un no hacer voluntario (inactividad) viola un deber jurídico de obrar, por cuanto sólo es posible establecer el concepto de la omisión con referencia a

la acción esperada y exigida. Ahora bien para que lo injusto del hecho pueda serle reprochado al autor, éste debe haber tenido conciencia de su antijuridicidad, esto es, de que en su conducta y el resultado a ella ligado quebrantaba el deber (de abstención o de obrar) impuesto por el orden jurídico. (46)

Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica. (47)

Consecuentemente, en la formación del dolo concurren dos elementos esenciales:

a) Un elemento intelectual consistente en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad, como conciencia del quebrantamiento del deber), y

b) Un elemento emocional o afectivo, no otro que la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

No es contrario a lo escrito la existencia de delitos sin resultado material (delitos formales), pues en todo caso, la misma conducta es objeto de la representación y de la voluntad como resultado específico.

(46) PAVON VASCONCELOS, op. cit., p. 394

(47) JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit., p.p. 392-393

Clases de dolo.

El dolo es directo cuando la voluntad es encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado: si una persona apuñala a otra y la mata, obrando con animus occidendi o necandi, esto es, con voluntad de causar ese resultado típico, comete homicidio con dolo directo. (48)

El dolo es eventual (indirecto) cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta, o dicho en otros términos, existe el dolo eventual cuando el sujeto, no dirigiendo precisamente su conducta hacia el resultado, lo representa como posible, como contingente, y aunque no lo quiere directamente, por no constituir el fin de su acción o de su omisión, sin embargo lo acepta, ratificándose en el mismo. (49)

El dolo se da incondicionalmente, cuando el autor tiene por seguro la producción del resultado (dolo directo); y se da condicionalmente, cuando el autor sólo lo tiene como posible (dolo eventual); es decir, bajo la condición de que el autor no haya evitado la producción del resultado, creyendo que el resultado no sobrevendría. (50)

(48) PAVÓN VASCONCELOS, op. cit., p. 396

(49) Loc cit.

(50) Ibid., p. 397

El dolo eventual y la culpa consciente, se distinguen netamente, pues mientras en el primero se acepta el resultado, lo que implica voluntad, en la segunda ni se quiere ni se acepta el mismo, eliminándose la voluntad respecto a la causación del resultado.

En el dolo de consecuencia necesaria, la producción de sus consecuencias no es aleatoria sino irremediable, poniendo como ejemplo el caso del anarquista que queriendo dar muerte a un monarca detestable, que siempre viaja con su secretario particular, arroja la bomba destruyendo el automóvil en que van el rey, su subordinado y el chofer. La muerte de los últimos, no deseada por el anarquista, es absolutamente necesaria para el homicidio del magnate, pudiendo imputarse esas muertes no deseadas, pero necesarias para la producción de lo querido por el ácrata que lanza la bomba. (51)

La doctrina también se ocupa de las siguientes clases de dolo:

a) dolo inicial o precedente y dolo subsiguiente: el primero existe, se afirma, cuando el dolo concurre con la realización de la acción u omisión, aunque no perdure al tiempo de la producción del resultado. Se da el dolo subsiguiente, con posterioridad a la acción u omisión y significa propiamente la complacencia en el resultado. (52)

(51) PAVON VASCONCELOS, op. cit., p. 398

(52) JIMENEZ DE ASUA, op. cit., p. 394

b) dolo determinado y dolo indeterminado: en el dolo determinado se dice, la intención o la voluntad del agente se encamina con toda precisión a un resultado cierto y concreto, en tanto en el dolo indeterminado la acción está orientada a producir varios posibles resultados y por ello se le denomina igualmente dolo alternativo. (53)

c) dolo genérico y dolo específico: en realidad, no existe consenso en la doctrina respecto a la noción del llamado dolo genérico, pues unos lo hacen consistir en la voluntad de dañar considerada en abstracto, en tanto otros lo identifican con el propósito de causar daño, sin que quede ahí; También se le caracteriza por el animus o por el motivo particular del agente, etc. razón por la que muchos niegan su existencia al proclamar que sólo existen dolos específicos, que se identifican con las causas del delito. (54)

d) dolo de impetu y dolo premeditado: dolo de impetu se observa en el sujeto que comete el delito impulsado por un estado pasional (pasión ciega) que disminuye al mínimo la deliberación y excluye la perseverancia en el propósito; el dolo premeditado precisa un intervalo más o menos importante entre el momento de la decisión y el de la ejecución, caracterizándose por la perseverancia del querer motivado y la frialdad de ánimo.

(53) Loc. cit.

(54) Loc. cit.

e) dolo de daño y dolo de peligro. Consiste el primero en el querer causar daño, ya lesionando o destruyendo el bien jurídico contra el que va encaminada la conducta delictiva del autor. El dolo de peligro es el dolo peculiar de los delitos de peligro, pues en él el autor quiere la simple amenaza del bien jurídico. El dolo de peligro ha sido negado por algunos, pues se piensa que en el querer dirigido a causar el daño o lesión a determinado bien, el peligro al mismo constituye un grado inferior, resultando evidente que a la lesión misma precede el peligro. (55)

El artículo 89. del reformado Código Penal del Distrito Federal, conservando las expresiones delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia, adopta, en su fracción III, una tercera forma de culpabilidad, la correspondiente a los delitos preterintencionales.

El artículo 92., igualmente reformado, se precisa cuándo se obra intencionalmente; en forma imprudencial o bien con preterintención, dejándose de omitir los conceptos de dolo y culpa (intención o imprudencia).

La idea del legislador, plasmada en el precepto anterior, no fue la de definir el dolo o la intención, sino concretar cuando un actuar debe reputarse intencional para los efectos penales. En efecto, si el artículo 89., I, declara que los delitos pueden ser:

(55) Ibid., p. 399

I. Intencionales, al señalar el artículo 99. en su primera parte, que "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley", se debe considerar que ambos preceptos se complementan y que, en última instancia, la ley se limita a describir el actuar intencional.

Se utiliza en el precepto el verbo querer, porque es el que mejor expresa el obrar intencional referido a las circunstancias del hecho típico, aludiéndose concretamente a lo que en la doctrina se conoce como querer el hecho típico, usándose también la expresión "aceptar el resultado prohibido por la ley".

En la primera parte de la disposición se comprenden los hechos típicos que el sujeto capta en su representación como de segura, cierta o cuando menos probable realización, y aun los remotamente posibles, cuya consumación del hecho típico que el sujeto, aun sin querer en forma directa, acepta al preverlo como posible o seguro (aceptar el hecho típico). Dentro de esta forma de obrar intencionalmente cabe, igualmente, el llamado dolo de consecuencia necesaria, en el cual el sujeto quiere el resultado típico y lo unido a él en forma necesaria, o bien lo acepta como una eventualidad. La representación y la voluntad, elementos del dolo, abarcan "todo lo conocido y que sea de significación para la figura delictiva", pues cuando "se aparece como deseable, la voluntad tiende a ello de modo directo" (dolus directus), pero cuando " el resultado

se presenta como necesariamente unido a la acción u omisión, necesariamente ha de aceptarlo el agente con voluntad necesaria causante, voluntad de producir el necesario efecto" (dolo de las consecuencias necesarias), para por último, cuando el resultado "surge previsto como eventual... que se consiente, lo eventualmente sobrevenido se admite por la voluntad (dolus eventualis)". (56)

La culpa.- Se puede definir la culpa como aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres. (57)

Como elementos de la culpa se observan los siguientes:

a) Una conducta voluntaria (acción u omisión), pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

b) Un resultado típico y antijurídico. El juicio en que se hace consistir el elemento subjetivo del delito, presupone necesariamente un hecho típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexa causal con la acción u omisión, se adecúa perfectamente al hecho comprendido en un tipo Penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.

(56) PAVON VASCONCELOS, op. cit., p. 54

(57) PAVON VASCONCELOS, op. cit., p. 411

c) Nexo causal entre la conducta y el resultado. Para poder atribuir el resultado al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél.

d) Naturaleza previsible y evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible o inevitable.

e) Ausencia de voluntad del resultado. El delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sucedería.

f) Violación de los deberes de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado. Aun aceptando que la previsibilidad constituya la base misma de la culpa, la falta de previsión carecería de importancia si no fuera por la existencia del deber; la imprevisión o la previsión concurrentes con el acto inicial voluntario, que casualmente produce el resultado, son culposas precisamente a virtud del incumplimiento de ese deber de cuidado pues éste tendía específicamente a evitar el daño concretamente producido. La conciencia de ese deber aparece con claridad en la culpa con representación, más se hace difícil ubicarla en la culpa sin

representación. En ésta, sólo puede consistir en el conocimiento de una relación entre el deber infringido y el resultado, de manera que el agente "no sólo debe haber conocido el deber como tal, sino que debe haber sido consciente también del carácter del deber que le incumbía; debe haber sido consciente de que dicho deber tenía el sentido de evitar resultados de esta especie".

La culpa se clasifica en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representación o sin previsión.

La culpa es consciente, dice Cuello Calón, "cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán". (58)

Por el contrario, se está en presencia de la culpa inconsciente (sin representación) cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

El Código de Distrito Federal aún da cabida, para calificar la gravedad de la imprudencia, a las circunstancias siguientes: (Artículo 60): "I: La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; II: Si para ello bastaban una reflexión o atención ordinarios y conocimientos comunes en algún arte o ciencia; III: Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV: Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios...". Es entonces indispensable aún, la tradicional clasificación de la culpa, que atiende a su intensidad, por cuanto a-

(58) CUELLO CALÓN, op. cit., p. 397

la culpa inconsciente, es decir en los casos en que el sujeto actuó sin previsión del resultado.

Dolo eventual y culpa consciente.- Cuello Calón destaca que en el dolo eventual hay aceptación del resultado antijurídico, en tanto en la culpa consciente se obra con la esperanza o mejor aún, se confía en que el resultado no habrá de producirse. (59)

Por su parte Castellanos Tena considera que tanto en la culpa consciente como en el dolo eventual, existe voluntad de la conducta causal y representación del resultado, "pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abraza la esperanza de que no se producirá". (60)

En el dolo eventual hay aceptación del resultado previsto como posible o probable, o sea voluntad, aunque no querer directo, en tanto en la culpa consciente no hay voluntad respecto al resultado que no se quiere ni se acepta a pesar de haber sido representado. (61)

El artículo 99., del Código Penal, en su párrafo segundo expresa: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

(59) Ibid., p. 414

(60) CASTELLANOS TENA, cit. por Pavón Vasconcelos, op. cit. p 411

(61) Loc. cit.

A la conclusión afirmativa de la culpabilidad imprudencial, (culposo), habrán de contribuir los siguientes elementos: a) la determinación de si, el hombre medio, hubiera estado en condición de dirigir su actuar de tal manera que hubiese podido evitar el proceso causal que originó el evento dañoso y prohibido (hecho típico), y b) si el sujeto no realizó su conducta de acuerdo a la medida de dirección ideal, de lo cual era capaz, para impedir la realización de los efectos nocivos, es decir con la prudencia necesaria, o bien si actuó con falta de atención o de cuidado, esto es, con falta de previsión de aquello que era por su naturaleza previsible para el hombre medio y que por ello tenía obligación de prever (culpa inconsciente o sin previsión) o si habiendo previsto el hecho típico, confió sin motivo, en que no se produciría (culpa consciente o con previsión).

Se señalan como formas o especies de culpa, principalmente, a la imprudencia, a la negligencia y a la impericia:

a) La imprudencia.- se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido, teniendo por tanto carácter de culpa consciente.

b) La negligencia.- no es sino falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente. "Esta especie de culpa se caracteriza porque el autor, en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o erreó acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible".

c) La impericia.- es la falta de habilidad en la práctica de un arte, profesión u oficio, esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

La preterintención.- se considera preterintencional el actuar del sujeto que queriendo un resultado típico menor, provoca uno mayor al querido o aceptado, si éste se produce por imprudencia.

Se señalan como casos de preterintencionalidad: a) los delitos preterintencionales; b) los delitos calificados por el resultado; y c) el *versari in re illicita*.

a) En los delitos preterintencionales se produce el fenómeno en que el agente, en ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa culposamente un resultado típico más grave.

b) Llámense delitos calificados por el resultado, aquellas situaciones captadas por la ley, de conductas dolosas que producen resultados más graves de los previstos y queridos, en los que la pena se aplica en función del principio meramente causal entre tales conductas y los eventos producidos, con independencia del fin perseguido por el autor.

c) De acuerdo con éste, el sujeto que ejecuta una acción ilícita responde de los resultados de ella a título de dolo, excluyendo la culpa. Este principio se formula en latín *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*: el que se ocupa en cosa ilícita responde del caso fortuito. (62)

(62) ETCHEBERRY, Alfredo: Derecho Penal, Parte General; p.p. 300-301.

El artículo 89. del Código Penal del Distrito Federal, aplicable, declara que " Los delitos pueden ser: III. Preterintencionales"; y el párrafo tercero del artículo 99. prescribe: " Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

El artículo 99. en su párrafo tercero ve en el obrar preterintencional la concurrencia del dolo o la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo directo y dolo eventual) y culpa o imprudencia en cuanto al resultado mayor sobrevenido.

Aspecto Negativo de la Culpabilidad.

La inculpabilidad.- La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, son las causas que impiden la integración de la culpabilidad.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- a) El error, y
- b) La no exigibilidad de otra conducta.

Ignorancia y error.- Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

A) Error de Derecho.- Tradicionalmente se ha considerado que cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues "la ignorancia de las leyes a nadie beneficia". (63)

El error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. "La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha". (64)

(63) CASTELLANOS, Fernando, op. cit., p. 255
(64) Loc. cit.

B) Error de Hecho.- Es un falso concepto sobre la realidad y recae sobre algo factio.

El error de hecho se subdivide en error esencial y error accidental (indecencia).

a) Error de hecho esencial.- produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible, pudiendo recaer sobre los elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, o sobre alguna circunstancia agravante de penalidad (calificativa del delito).

El error de hecho esencial a su vez se subdivide en error de hecho esencial vencible y error de hecho esencial invencible.

- Error de hecho esencial vencible.- aquel en el que el sujeto pudo y debió prever el error, excluye el dolo pero no la culpa careciendo por ello de naturaleza inculpable, salvo que la estructura del tipo impida esa forma de culpabilidad.

- Error de hecho esencial invencible.- aquel en que el sujeto debido a las particulares condiciones del hecho, no podía remover la falsa situación en que se encontraba; 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 un precepto legal; o bien es el error que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

b) Error accidental.- Cuando recae sobre lo meramente accesorio, superficial, no sustancial del delito. El error de esta naturaleza es ineficaz para borrar la culpabilidad; sólo tiene relevancia para variar el tipo del delito.

Se consideran como errores accidentales los siguientes supuestos:

- 1) error en el golpe.- (aberratio ictus)
- 2) error en la persona.- (aberratio in persona)
- 3) error en el delito.- (aberratio in delicti)

El error en el golpe se da cuando el resultado no es precisamente el querido, cuando el sujeto activo del delito yerra.

El error en la persona cuando hay confusión sobre el sujeto pasivo del delito.

El error en el delito.- cuando en lugar de producir un determinado delito se produce uno distinto, se ocasiona un suceso diferente al deseado.

Delito putativo.- No debe confundirse el delito putativo con el error de Derecho, a pesar de tener semejanzas. Por Petit observa que en uno y otro existe un error: "En un caso, creyéndose que la conducta o el hecho realizados son delictuosos. En el otro, considerando que la conducta o el hecho no están descritos en la ley como delitos. Cuando se trata de un error de Derecho, la norma Penal tiene existencia, y por el error en que el sujeto se encuentra no existe en la mente del mismo".

En el delito putativo, por el contrario, la norma Penal no tiene existencia, y por el error en que se encuentra el sujeto, existe en la mente del mismo". (65)

Los casos de no exigibilidad de otra conducta:

- el aborto por violación;
- el encubrimiento entre parientes y demás sujetos a los que se refiere el artículo 400, fracción V.;
- el estado de necesidad, cuando los bienes jurídicos en conflicto de igual valor (tabla de Carneades); y
- el temor fundado e irresistible (vis compulsiva) que se fundamenta en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un peligro real, actual e inminente, siguiéndose el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta.

Las eximentes putativas.- Son situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho insuperable, cree fundamentado, al realizar un hecho típico de Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo. (66)

Se señalan como eximentes putativas:

- a) Defensa putativa;
- b) Estado de necesidad putativo;
- c) Ejercicio de un Derecho putativo, y
- d) Cumplimiento de un deber putativo.

(65) PORTE PETIT: Programa de la Parte General del Derecho Penal, p. 518, México, 1958.

(66) CASTELLANOS, F. cit. por. Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 442.

En la defensa legítima, el sujeto cree, fundado en error esencial e invencible, ejecutar un legítimo Derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de una auténtica agresión.

En el estado de necesidad putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave, e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

En el ejercicio de un Derecho y cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del Derecho o del deber que se ejercita o se cumplimenta. Todas estas eximentes deben apoyarse en el carácter esencial e invencible del error de hecho.

No deben confundirse las eximentes putativas con el error de Derecho, ya que si bien en ambas situaciones hay disconformidad entre la realidad y la representación, en el segundo el sujeto "cree que su conducta o hecho no son delictuosos por desconocimiento de la existencia de la norma Penal o por "inexacto conocimiento de la misma"; en cambio, en las eximentes putativas, el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la norma Penal sino porque el sujeto cree encontrarse ante una causa de justificación como consecuencia de un error de hecho esencial e invencible..." (67)

(67) CASTELLANOS, Fernando, op. cit., p. 263

La no exigibilidad de otra conducta.- Se debe considerar a esta como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.

CAPITULO III.- PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

a) PUNIBILIDAD.- Las leyes son las condiciones con que los hombres se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla.

" Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Aquí se ve la base sobre la que el soberano tiene fundado su Derecho para castigar los delitos. Sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos ". (Montesquieu.)

Concepto de pena.

El maestro Carrancá y Trujillo define a la pena como:"un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social. (68)

El maestro Villalobos, nos dice que pena es:" un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico. Es un contra-estímulo que sirve para disuadir al sujeto del delito y que, cometido éste trate de corregir al delincuente y vigorizar sus fuerzas inhibitorias para el porvenir". (69)

(68) CARRANCA Y RIVAS RAUL: Derecho Penal Mexicano Parte General, 15ª Porrúa, S.A., México, 1975.

(69) VILLALOBOS, Ignacio: Derecho Penal Mexicano, 3ª. edic., Edit. edic. Editorial Porrúa S.A., México, 1986, p.p. 711-712

Condiciones Objetivas de Punibilidad.

Son aquellas circunstancias generalmente exigibles en algunos delitos como son situaciones procesales, dicho de otra manera, las condiciones objetivas de punibilidad son requisitos formales que se piden para que sea posible perseguir algunos delitos como ejemplo de estas tenemos:

a) La previa declaración de quiebra para poder proceder en el delito de quiebra fraudulenta.

b) Quitarle el sentido o mejor dicho, someter a un funcionario a un juicio de desafuero antes de proceder contra él penalmente.

c) Externar la querrela en los delitos que se persigan a petición de parte ofendida como lo es, en el caso del delito de cuando el ofendido sea el cónyuge, concubinario o concubina.....

a) Punibilidad.- Es la amenaza de la aplicación de una pena al sujeto que ha cometido un hecho delictivo. Para que un hecho humano se considere delito es indispensable que este amenazado por una pena.

Es decir el hecho humano debe ser típico, antijurídico, culpable y punible.

La punibilidad es un elemento del delito indispensable para que exista.

b) **Excusas Absolutorias.**- Las denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.

Jiménez de Asúa las define así: son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. (70)

Las excusas absolutorias en el Código Penal.

Se han considerado, con la denominación genérica de excusas absolutorias, los casos comprendidos en los artículos: 138, 151, 247, Fr. IV, párrafo 2º.; 280, Fr. II, párrafo 2º.; 333, 375, del Código Penal del Distrito Federal, a pesar de que algunos de ellos no pueden estimarse, en rigor técnico, como auténticas causas de impunidad.

El Artículo 138, ubicado dentro del Capítulo I (Rebelión) del Título Segundo del Libro Segundo del Código (delitos contra la seguridad interior de la nación) declara impone a quienes habiendo tomado parte en una rebelión "depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubieran cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior".

El precepto en cita, a pesar de lo que se diga en contrario, consagra una auténtica excusa absolutoria que elimina la punibilidad del hecho, anulando su carácter delictuoso. El arrepentimiento constituye, el fundamento de esta excusa.

(70) JIMENEZ DE ASUA, op. cit., p.p. 459-460

El Artículo 151 establece una excepción respecto al funcionamiento de la pena prevista en el artículo 150 (al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado) tratándose de los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, "pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Esta situación como la comprendida en el Artículo 400, Fr. V, no integra propiamente una excusa absolutoria sino una "no exigibilidad de otra conducta" y es causa de inculpabilidad al suprimir el delito por ausencia de su elemento subjetivo.

Igual razonamiento debe hacerse respecto de la segunda de las situaciones previstas en el Artículo 247, Fr. IV, : "Se impondrán de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos; al que con arreglo al Derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo sea examinado bajo protesta de decir verdad y faltare a ella en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiera suscrito un documento o afirmando un hecho falso o alterando o negando uno verdadero, o sus circunstancias substanciales. Lo prevenido en ésta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado".

La parte final del precepto transcrito releva de pena a la parte cuando sea examinada la cantidad en que se estima una cosa. Si la persona actúa de buena fe no puede generar responsabilidad Penal por inexistencia del delito, habría en tal supuesto ausencia de culpabilidad al no darse el dolo, de necesaria concurrencia en esta clase de infracciones, que por su naturaleza excluyen la culpa. Si por lo contrario, la opinión vertida lo ha sido maliciosamente, faltándose así a la verdad, la hipótesis prevista en la ley operaría como una auténtica excusa absolutoria, pues siendo la conducta a todas luces antijurídica y culpable no hay lugar a la imposición de pena por imperativo del ordenamiento legal.

El Artículo 280, Fr. II, declara delictuosa la conducta de quien "oculte, destruya, o sin licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia. En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio".

Esta supuesta excusa consagra la impunidad del encubrimiento cuando la realizan los parientes más próximos. Es preciso declarar la inexistencia del delito por inexigibilidad de otra conducta, originante de una causa de inculpabilidad del hecho típico y antijurídico.

El Artículo 333, en su primera parte, declara impune el aborto causado "sólo por imprudencia de la mujer embarazada". El precepto recoge indudablemente, una excusa absolutoria, al eximir de pena el resultado de muerte del producto de la concepción, cuando es consecuencia de la conducta imprudente de la propia mujer embarazada.

El origen de la excusa debemos encontrarlo en el hecho innegable de que es la propia mujer la primera en lamentar, en la mayoría de los casos la frustración de sus esperanzas de maternidad. Agregar a tal dolor el escándalo y la vergüenza de un proceso y de la aplicación de una pena, resultaría no sólo injusto sino aberrante.

El propio Artículo 333 en su parte final, declara igualmente impune el aborto "cuando el embarazo sea resultado de una violación". es claro que si el acto erótico le fue impuesto violentamente a la mujer vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la ley por constituir un bien jurídico motivo de tutela, no puede exigirse la aceptación de una maternidad no querida ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de esa índole. La "no exigibilidad de otra conducta es una causa de inculpabilidad.

Villalobos considera necesario para una correcta estimación de cada suceso, conceder en los tribunales arbitrio para perdonar el hecho únicamente cuando estimen, en virtud de los antecedentes, circunstancias y peculiaridades del acontecimiento, que sería tanto humana como culturalmente excesivo exigir otra conducta de parte de la acusada.

Genuina excusa absolutoria es la consignada en el Artículo 375 del Código, " 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.

En el presente caso, el agente se arrepiente de la conducta ilícita ejecutada. Tanto el arrepentimiento como la ausencia de los medios violentos en la comisión del apoderamiento ilícito de la cosa, rebelan ausencia absoluta de peligrosidad, siendo esta la razón de política criminal que llevo al legislador a establecer la citada excusa.

En síntesis, el breve examen realizado nos lleva a precisar la existencia en la ley de excusas absolutorias que se pueden agrupar en la siguiente forma:

1º. en razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente, y

2º. en razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor.

CAPITULO IV.- ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO.-

a) Concurso de Delitos.- El vocablo "concurso" tiene múltiples acepciones en el ámbito del derecho penal y específicamente en la teoría del delito, la expresión se utiliza para indicar que una persona debe responder de varios ilícitos penales, es decir, que ha cometido varios delitos. Esta ubicación se debe a que el concurso proviene de la voz latina concursum, que significa ayuda, concurrencia, simultaneidad de hechos, causas o circunstancias, oposición de méritos de conocimientos para otorgar un puesto, un premio o un beneficio.

Para que una persona se le puedan atribuir varias violaciones de la ley penal, no es suficiente que su conducta encuadre en más de una figura delictiva, sino que éstas funcionen de manera independiente entre sí, sin que la aplicación de una excluya a la otra. Por tanto, el concurso de delitos no debe confundirse con el concurso aparente de normas cuando p.e. el agente del delito se introduce a un inmueble con el fin de robar y siendo responsable de robo en casa habitada o destinada a habitación, se estime además que lo es de allanamiento de morada; tratándose de concurso de delitos, es indispensable que de manera real concurren las figuras en torno al hecho y sean susceptibles de aplicación.

Así vemos que hay dos clases de concurso de delitos, 1. el ideal o formal que es dable cuando mediante una conducta o hecho se producen varios resultados delictivos y 2. el real o material que deriva de varias conductas o hechos que a su vez producen diferentes resultados delictivos.

Uno de los aspectos que justifican el concurso ideal o formal, obedece a que el agente tiene frente a sí una sola determinación delictiva en el caso del dolo, o bien desatiende un deber de cuidado que personalmente le incumbe y a virtud de ello se producen varios resultados criminales.

Diferente es el caso del sujeto que planeando varios delitos, los lleva a cabo en diversos momentos e incluso acepta la realización de otros si estos fueran indispensables para obtener el propósito que persigue.

El concurso de delitos guarda estrecha relación con el delito continuado, porque en ambos casos estamos en presencia de un mismo agente que es responsable de diversos resultados delictivos, pero con un manejo diferente desde el punto de vista doctrinal y legislativo.

El delito continuado se forma por dos o más conductas o hechos separados entre sí por un lapso, que a pesar de integrar de manera independiente cada uno delito distinto, se maneja como uno solo por la compatibilidad y unidad de propósito, es decir, se forma por varios actos que aisladamente observados reúnen las características de un delito pero agrupados todos ellos constituyen un solo delito, que es precisamente el continuado.

Las diferencias que pueden señalarse con los concursos ideal o formal y real o material y el delito conexo, son las siguientes:

A. El concurso ideal se manifiesta como antes se dijo por una sola conducta que infringe varios dispositivos penales que no se excluyen entre sí, en cambio, el delito continuado se forma por varias conductas que violan un mismo precepto penal.

B. El continuado presenta unidad de propósito y de precepto penal infringido lo que acontece en el concurso real de delitos como requisito indispensable; en el primer caso hablamos de un delito, en el segundo de varios.

C. El delito conexo, entendido como aquel que funciona como medio necesario para la comisión de otro delito, distínguese del continuado porque siempre debe prevalecer la unidad de resolución y de lesión jurídicas.

Con motivo de las reformas que fueron hechas al C.P., publicadas en el DO del 13 de enero de 1984, se derogó el a. 58 del C.P., que establecía la aplicación el fundamento del concurso real o formal y se reformó el a. 64 del mismo C.P., que establece la aplicación de las sanciones para ambos concursos de delitos, pero son los dispositivos 18 y 19 los que determinan que existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos; que estamos frente al concurso real, cuando con una pluralidad de conductas se cometen varios delitos, y que no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

La pena para el concurso ideal será la que corresponda al delito que merezca la mayor, la que se podrá aumentar hasta en una mitad más de su duración, sin que pueda exceder de los máximos señalados en el título segundo del libro primero del C.P. (cuarenta años de prisión).

Si estamos frente al concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los delitos, sin que tampoco exceda de cuarenta años de prisión. En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido. (71)

(71) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Edit. Porrúa, S.A.; edic. 4a. pp. 580-581.

b) Participación. - La participación es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma. En el primer caso hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de sujetos. (72)

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, Magiore empieza por distinguir entre los delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

Para explicar la distinción bien vale un ejemplo: El Artículo 164 del Código Penal, punitivo de la participación en una asociación o banda de tres o más personas organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que merezca el delito cometido, tipifica un delito plurisubjetivo y quienes participan tiene el carácter de autores en forma necesaria, pues la descripción del hecho requiere de la concurrencia de conductas culpables.

(72) SOLER: Derecho Penal Argentino, II, p.p. 266 y 267, Buenos Aires, 1951.

Por el contrario, si en el homicidio intervienen varias personas, tanto en su preparación como en su ejecución, tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de sus conductas, convergentes a la producción del resultado, da origen al concurso eventual o participación delictuosa.

Concepto.- De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) Unidad en el delito, y b) Pluralidad de personas. Sólo con esos elementos es posible, como afirma Cavallo, elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de autor del delito. (73)

Requisitos de la Participación.-

3) Un elemento material identificado en el hecho ejecutado que se integra con los sub-elementos: conducta, resultado y nexo causal. La conducta resulta plural por cuanto son varias las que intervienen para producir el resultado. En inferencia lógica, son varias las personas que intervienen en expresarla, de manera que cada una de sus conductas debe constituir condición causal en el resultado, por afluir todas ellas a producirlo.

(73) CAVALLLO, cit. por Pavón, Op. cit., p. 494

b) Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es que quienes participan tengan conciencia y voluntad de cooperar al acaecimiento del evento.

Santanello estima, como requisitos de la participación: a) pluralidad de agentes; b) realización de la acción prevista en la norma; c) nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado, y d) Voluntad de cooperar a la comisión del delito.

Formas de la Participación.- Siguiendo un criterio rigurosamente metodológico, MAGGIORE estima posible clasificar la participación según la calidad, el grado, el tiempo y la eficacia.

Según la calidad, la participación puede ser:

- a) Moral, y
- b) Física.

La primera es aquella en la cual la acción tiene naturaleza psíquica o moral y se efectúa, como dice Antolissi "en la fase de la ideación del delito", mientras la segunda se realiza, por el contrario, dentro de la fase ejecutiva, "siendo material el aporte suministrado por el partícipe al delito".

A su vez, la participación moral engloba la instigación y la determinación (provocación). La primera (instigación) es considerada la principal forma de concurso moral y consistente no solamente en la comunicación del propósito criminoso, sino en determinar a otro a delinquir. El instigador, como acertadamente pregona Soler, quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro;

quiere causar un hecho a través de la psique de otro, determinando a éste en la resolución de ejecutarlo".

En la determinación o provocación, el sujeto determinante o provocador únicamente refuerza la idea, ya existente en diversa persona, de cometer el delito. Para Ignacio Villalobos, autores intelectuales (o por inducción) se considera, en Derecho, a quienes "no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido. (74)

Se considera que la instigación comprende como subclases: a) El mandato; b) La orden; c) La coacción; d) El consejo, y f) La asociación.

Cuando se encarga a otro la ejecución del delito para exclusiva utilidad y provecho de quien encomienda se está en presencia del mandato.

Existe la orden cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de su autoridad.

Hay coacción en el mandato que se apoya en la amenaza.

Consejo es la "instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva autoridad y provecho del instigador".

La asociación no es más que el pacto realizado "entre varias personas para consumir un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados". Niégase, con razón, por algunos, que la asociación constituya una forma de autoría intelectual, pues a lo más se le puede situar como un estado delictuoso.

(74) Derecho Penal Mexicano, p. 470

Si bien la responsabilidad del ejecutor material, como base indispensable para elaborar el concepto de la instigación, aceptada casi unánimemente en la doctrina, no era aplicable a nuestro Derecho positivo, de acuerdo al texto del Artículo 13, antes de su última reforma, pues sólo se recogía, en forma restringida, la autoría mediata, al usar la expresión "compelen" a otro a cometer el delito, dado que el término supone, a pesar de ser equívoco, ausencia de autor material en el debido sentido del Derecho y, dentro de la fracción II, los inductores respondían del delito cometido aun por inimputables, por no serles aplicable el criterio limitativo de la citada autoría mediata, la reforma penal de 1983 (publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984), vino a poner las cosas en su lugar, dado que mientras la fracción IV precisó, como responsables del delito, a los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, caso en el que se comprende la autoría mediata, pues el autor material es sólo un instrumento del verdadero autor, la fracción V encierra a los que "determinen intencionalmente a otro a cometerlo", o sea a los instigadores o inductores en la real significación del término, que precisa plena capacidad en el instigado o inducido. (75)

(75) PAVON, Manual de Derecho Penal, p. 504

c) Tentativa y Consumación.

1. En principio cuando concurren todos los elementos del tipo, se dice que el delito está consumado, y corresponderá la aplicación de la pena prevista en el C.P. para cada tipo de la parte especial.

Castigar la tentativa supone una extensión de la punibilidad, lo que sólo será posible si concurren los requisitos que establece el a. 12 del C.P.. Por consiguiente, las prescripciones relativas a la tentativa son dependientes de su relación con un tipo Penal concreto.

II. Etapas de concretación del delito (iter criminis). desde que el sujeto decide el delito hasta que lo concreta, hay una sucesión de etapas. El problema consiste en saber cuándo comienzan las etapas merecedoras de pena.

1) La mera decisión no es punible (cogitationis poenam nemo patitur).

2) Consiguientemente será necesario que el sujeto realice una acción.

Pero no todas las acciones son punibles.

Hay acciones que no causan lesiones socialmente intolerables, como las que preparan el hecho (p.e., averiguar la oportunidad, preparar los medios, etc.). Esas acciones preparatorias son en principio impunes porque es insuficiente su contenido delictual, como por su escasa captabilidad real.

Hay excepciones en los casos de preparación de determinados instrumentos, como p.e., la tenencia de armas de un calibre superior al autorizado (pero esa tenencia se castiga porque por si realiza un tipo, y no como tentativa del delito que se tenía pensado consumir con dichas armas).

3) Un hacer punible se inicia cuando el autor comienza a ejecutar la acción ético-socialmente intolerable. Es la tentativa. Ello es así porque lo injusto no es solamente lesión de bienes jurídicos (producción de resultados disvaliosos) sino también el disvalor de la acción descrita en los tipos (en este sentido p.e., el tipo de homicidio no se ha legislado tan sólo porque sea injusto causar la muerte, como sucede en la tentativa). La acción de quien consume, si prescindimos del resultado, es la misma.

4) La medida máxima de punibilidad es el delito consumado, o sea el cumplimiento completo del tipo. La tentativa tiene pena más benigna (a. 63 del C.P.) en razón de que supone que la fuerza delictual de la voluntad es menor.

5) La tentativa del delito culposo no es punible. El a. 12 del C.P. establece que la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito.

III. Concepto de tentativa. El delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (a. 12 del C.P.).

Este concepto rige tanto para el caso en que la consumación no se produzca porque la acción no resultaba adecuada para la realización íntegra del tipo (tentativa inidónea), como para el caso de que la acción tuviera materialmente posibilidad de consumar el delito (tentativa idónea). En ambos casos se cumple la hipótesis prevista en el A. 12 del C.P.

En la tentativa no se cumple totalmente el tipo objetivo. En cambio debe existir totalmente el tipo subjetivo (dolo). No hay dolo de tentativa. En consecuencia, si el tipo consumado admite el dolo eventual es viable la tentativa de ese delito con dolo eventual.

IV. Fundamento de la punibilidad de la tentativa. Responder a la pregunta de por qué se castiga la tentativa, ha dado lugar a diversas teorías.

Teoría objetiva (tiene origen en el sistema causal de la acción). Para esta teoría el delito consumado se castiga porque supone lesión de bienes jurídicos. Por consiguiente la tentativa se castiga porque supone poner en peligro el bien jurídico.

Teoría subjetiva (tiene origen en la teoría de la acción finalista). Esta teoría pone énfasis en el delito consumado no sólo en la lesión sufrida por el bien jurídico, sino en el disvalor de la acción. El fundamento de punibilidad de la tentativa también se nutre de ese disvalor de la acción.

Esta teoría explica mejor el fundamento de punibilidad de las tentativas idóneas, porque en ellas el bien jurídico no corre ningún peligro.

De todos modos, hay que aclarar que no se trata de una teoría puramente subjetiva, pues se requiere también que el autor, haya comenzado exterior la ejecución del hecho. Es importante señalar que el C.P. en su a. 12 establece que para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor, factor netamente subjetivo.

V. Elementos de la tentativa.

1) Que el tipo objetivo no se haya realizado totalmente. El defecto del tipo objetivo puede referirse a cualquiera de sus elementos. Puede darse cuando falta una característica del sujeto pasivo (p.e., la víctima del estupro tiene más de 18 años como requiere el a. 262 del C.P.), como que falte cambio en el mundo exterior, en los delitos de resultado (p.e., errar el disparo por lo que no se produce la muerte en el homicidio).

2) Que el tipo subjetivo exista totalmente. Dice el a. 12 del C.P. que por la tentativa se exterioriza la resolución de cometer un delito, lo que muestra que debe existir el dolo de consumarlo.

3) Que haya por lo menos comienzo de ejecución. El comienzo de ejecución es lo que distingue la tentativa de los actos preparatorios, o sea el comienzo de la punibilidad (tentativa) de la impunidad (actos preparatorios). El problema es saber cuando hay en el caso concreto, comienzo de ejecución.

VI. Delimitación entre actos preparatorios y tentativa (¿comienzo de ejecución?) Para resolver este problema se han enunciado distintas soluciones, que tienen origen en la diversa fundamentación de la punibilidad tentativa.

1) Teoría formal-objetiva. Dice que hay comienzo de ejecución cuando el autor ha realizado una parte de la acción de ejecución misma, como, p.e., apretar el gatillo. Ello en razón de que desde ese momento el bien jurídico corre peligro.

2) Teoría material-objetiva. Incluye cualquier acción que implique un peligro inmediato para el bien jurídico.

El sistema es el siguiente: se parte de la acción típica y se pregunta de acuerdo al plan del autor (no desde el punto de vista de un espectador), cuando el autor penetra en el núcleo del tipo (cuando comienza a matar, a apoderarse, etc.)

P.e., el autor instala un dispositivo para matar, que debe accionar un tercero inocente. En ese caso el autor se desprendió del hecho con la instalación del dispositivo. De acuerdo a la teoría formal objetiva no habría principio de ejecución. De acuerdo a la teoría material objetiva, ¿habría principio de ejecución? Es dudoso. El problema es ¿cuando se penetra en el núcleo del tipo?

3) Teoría subjetiva: hay comienzo de ejecución, cuando de la acción resulta inequívoca la meta del propósito delictuoso. Si se admite la punibilidad de la tentativa inidónea, la base del sistema no puede ser el peligro que haya corrido el bien jurídico.

4) Teoría que conjuga elementos objetivos y subjetivos (parte de la teoría subjetiva y es sostenida por Welzel, Jescheck y Schmidhauser). Debe entenderse que hay comienzo de ejecución cuando el autor ha iniciado a realizar una acción que según su plan, implica ponerse directamente en la realización de la acción típica, si desde el punto de vista de la experiencia general, es una parte constitutiva de la acción típica.

VII. Autoría mediata. En los casos de autoría mediata hay que distinguir, según se actúe mediante tercero inocente o cómplice doloso.

a) Si se actúa mediante autor inmediato inocente, hay principio de ejecución cuando el autor desprende de su mano el hecho.

b) Si se actúa mediante cómplice doloso, cuando el cómplice da comienzo a la ejecución del hecho.

VIII. Tentativa inidónea.

A) Hipótesis de tentativas inidóneas.

1) Inidoneidad en los medios. Es el caso de quien pretende envenenar con azúcar. También pertenece a esta categoría la tentativa cometida con medios mágicos o supersticiosos.

Corresponde hacer un distingo en orden a la punibilidad, pues si bien en general la tentativa con inidoneidad en los medios es punible, la tentativa supersticiosa no lo es. El fundamento de la punibilidad es diverso según la teoría que se sustente (se puede hoy admitir que en la tentativa supersticiosa no hay principio de ejecución, pues según la experiencia general no es parte de la acción típica.

2) Inidoneidad del objeto. Se trata de casos en los que la acción recae sobre un objeto que no permite la consumación o en los casos en que el objeto falta totalmente, p.e., tentativa de aborto en mujer no embarazada; tentativa de homicidio del que clava el puñal en la almohada, creyendo que era la víctima, que había salido de la casa, horas antes.

3) Inidoneidad del autor. Es cuando el autor, sin la calidad que el tipo requiere, realiza la acción descrita en la ley, p.e., el que en la creencia de ser funcionario recibe una dádiva (a. 217, fr.. I, del C.P.). La solución de estos casos es muy discutida, depende del criterio que se tenga respecto a qué clase de requisito es la calidad del autor.

a) Si la calidad de autor es un requisito del tipo, entonces quien se encuentra en tal situación habrá realizado una tentativa inidónea, por inidoneidad del autor que es punible. En efecto, el delito no se habrá consumado porque faltará un requisito del tipo objetivo (Schonke-Schroder; Breuns; Maurach; Mezger-Beling).

b) La doctrina correcta es que la calidad del autor requerida en los delitos especiales no es un requisito del tipo, sino que es un elemento de la autoría, pues determina la existencia de un deber especial para el sujeto.

Quien se encuentra en esa situación, dice Armin Kaufmann, en realidad no tiene la obligación (el deber) que cree tener. Entonces sería un caso de error de prohibición al revés, o sea un delito putativo (impune) (Baumann, Armin, Kaufmann, Schmidhauser, Welzel).

B) Límites de punibilidad de la tentativa inidónea. La tentativa inidónea se castiga porque supone una acción dirigida a concretar un delito, que revela una manifestación de voluntad seriamente peligrosa para el orden jurídico (es lo que hemos llamado disvalor de la acción). Consiguientemente, deben quedar exentas de pena las tentativas que no son seriamente peligrosas. El problema es determinar cuándo una tentativa es seriamente peligrosa, para determinar los límites de punibilidad.

1) Teoría objetiva.

a) En su forma antigua, distingue entre tentativa absolutamente inidónea (p.e., pretende matar con azúcar) y relativamente inidónea (p.e., pretender matar con una dosis insuficiente de veneno). Quien determina si una tentativa es absoluta o relativamente inidónea es el juez en el momento de dictar sentencia (es una valoración ex postfacto).

b) Teoría objetiva moderna (Liszt-Hippel). La tentativa es peligrosa si un hombre comprensivo hubiera considerado probable el resultado en el momento del hecho. O sea que es un juicio ex-ante (en el momento del hecho) y el punto de vista que se toma en cuenta no es el del juez, sino el de un hombre comprensivo, p.e., tentativa de homicidio con un arma de fuego descargada secretamente.

Teoría antigua: contestaría que no se debe castigar por absolutamente inidónea.

Teoría moderna respondería que merece pena porque es seriamente peligrosa.

2) Teoría subjetiva. Sostiene que no importa que la acción sea objetivamente peligrosa. Para el Derecho es peligrosa esa voluntad que con su acción cree iniciar la ejecución de un delito. No importa si el medio o el objeto son inidóneos, lo importante es que el autor los tomó por idóneos (p.e.,) revelan peligrosidad. las tentativas de aborto de mujer no embarazada o de homicidio de un cadáver).

Esta teoría abandona el sistema de la acción causal, que da bases a las teorías objetivas, que reposan sobre la idea de que el delito consumado se castiga porque lesiona bienes jurídicos y la tentativa porque los pone en peligro. La teoría subjetiva sostiene que respecto de la tentativa inidónea, el acento nunca puede estar en la puesta en peligro de bienes jurídicos, pues en los casos de inidoneidad, jamás lo corren. El fundamento es el disvalor de la acción.

Esta teoría, aplicada hasta sus últimas consecuencias, debería implicar el castigo de toda tentativa inidónea; sin embargo acepta también que la punibilidad requiere cierto margen de inidoneidad, con base en la afirmación de que cuanto más idónea es la tentativa, más fuerte es la energía delictual. Por ello no es punible que tal voluntad no conmueve al Derecho.

C) Principio de ejecución. La tentativa inidónea también requiere principio de ejecución, p.e., si se trata de una tentativa

inidónea de mujer embarazada que pretende abortar tomando un té inocuo, es preciso que lo tome.

D) Falta de tipo. Hay autores que sostienen que la tentativa es punible cuando falta el resultado típico, y que en cambio no lo es cuando lo que falta es cualquier elemento del tipo que no sea el resultado. El argumento es que en ese caso, desde el comienzo de la acción, hay carencia de tipo (Graf zu Dohna), p.e., quien se apodera de una cosa propia, creyendo que es ajena (una especie de error de tipo al revés).

En realidad, la acción, tal como se la propuso el sujeto es un injusto punible, y consiguientemente en el ejemplo habrá una tentativa punible.

E) Delito putativo. En este caso el error no recae sobre el tipo, sino sobre una norma (es un error de prohibición al revés), p.e., el sujeto que cree que la práctica homosexual es delito y en esa creencia la practica. Tal acción no es punible, porque el hecho objetivamente no es delito, y su error no puede producir una punibilidad no existente. Es muy común en los delitos especiales, p.e., quien no es funcionario realiza una acción típica de tal, como un cohecho pasivo. No es punible. Se trata de un caso de inidoneidad del sujeto activo.

Los casos de inidoneidad del objeto (tentativa de aborto de mujer no embarazada) son punibles.

IX. Desistimiento. Por reforma de 14- I -1985 al a. 12 del C.P. no se impondrá pena ni medida de seguridad alguna al sujeto que desista espontáneamente de la ejecución o impida la consumación del delito, por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que comprenda a los actos ejecutados u omitidos que constituyen delito por sí mismos.

El texto de la ley muestra claramente que el desistimiento procede tanto si se detiene la ejecución antes de completarse (tentativa inacabada) como si se impide la consumación una vez completada la ejecución (tentativa acabada). La voluntad de desistir puede provenir del arrepentimiento o motivarse en circunstancias exteriores, a condición de que esto ocurra antes de que el agente sea descubierto, según aparece de la exigencia de espontaneidad puesta por la ley. El desistimiento debe ser, además, definitivo, lo que no ocurriría, p.e., si el actor se desistiere momentáneamente de la ejecución para reemprenderla después, en circunstancias más favorables.

Parece claro que el último párrafo. del nuevo precepto sobre la tentativa, al incluir la frase "por lo que a este se refiere", a resuelto simultáneamente la cuestión de que la impunidad del desistimiento procede respecto del delito de que se ha desistido y no respecto del que va se consumo para poder perpetrarlo (penetrar en casa ajena para robar y luego desistir del robo no deja impune la violación del domicilio), y la de que el desistimiento de uno de los intervinientes no favorece a los demás que no desistieron. (76)

(76) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Edit. Porrúa, S.A.; edic. 42.;p.p.305B-3062.

CAPITULO V.- ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.

Respondiendo a una de las demandas más importantes de la sociedad como es la de un orden normativo que permita el sano desarrollo de los integrantes de ésta y después de minuciosos estudios, de una serie de polémicas, disertaciones, debates y conclusiones se ha conseguido llegar a la materialización de un proyecto inminente. Así es como aparece en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de enero de 1991 el decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal. Se reforman los Artículos: 199 bis, 200 primer párrafo, 260, 261 primer párrafo, 262, 263, 265 segundo párrafo que pasa a ser el tercer párrafo, 266, y 266 bis.

De las anteriores reformas nos interesan las relacionadas con los Artículos 260 , 261 y 266 para quedar como sigue:

ARTICULO 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

ARTICULO 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o la obligue

a ejecutarlo, se le aplicará una pena de seis meses a tres años de prisión, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

ARTICULO 266 BIS.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o anasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima;

III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

El Artículo Segundo del mencionado decreto contiene lo referente a las adiciones a los artículos 30 bis, 200 con dos párrafos que será el penúltimo y el último, 259 bis, 265 con un párrafo que será el segundo y 365 bis, del mismo ordenamiento legal.

ARTICULO TERCERO.- Se derogan los artículos 267, 268, 270 y 271, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

ARTICULO CUARTO.- Se reforma la denominación del Título Decimoquinto, Libro Segundo; y del Capítulo I, del Título Decimoquinto, Libro Segundo, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, para quedar como sigue: "TITULO DECIMOQUINTO; DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL"; "CAPITULO I; HOSTIGAMIENTO SEXUAL, ABUSO SEXUAL, ESTUPRO Y VIOLACION".

ARTICULO QUINTO.-Se deroga la denominación del Capítulo II, Título Decimoquinto, Libro Segundo, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

Por el mismo decreto se reformaron y adicionaron diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

ARTICULO PRIMERO.- Se reforman las fracciones I y II del articulo 263 del citado ordenamiento, para quedar como sigue:

ARTICULO 263.-.....

I.- Hostigamiento sexual, estupro y privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;

II.-Difamación y calumnia;

III.-.....

ARTICULO SEGUNDO.- Se adicionan los artículos 9 bis, 109 bis y 123 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

ARTICULO 9 BIS.-Para identificar al sujeto activo del delito de violación, a petición de la víctima o su representante legal, esta diligencia podrá efectuarse en un lugar donde no pueda ser vista o identificada por aquél."

ARTICULO 109 BIS.-Cuando la víctima del delito sexual o su representante legal lo solicite, la exploración y atención médica, psíquica, ginecológica o cualquiera otra que se le practique, estará a cargo de personal facultativo del sexo femenino."

ARTICULO 123 BIS.-Para comprobar el cuerpo del delito de violación será relevante la imputación que haga el sujeto pasivo y cualesquiera otro elemento probatorio que lo robustezca."

Todo evoluciona con el transcurso del tiempo; hasta el derecho, y el derecho penal en concreto. Y es que la experiencia, que no es sino el resultado del diario caminar y constituye la fuerza motriz que todo lo observa, lo analiza y lo rectifica, si es preciso.

Pero otras veces esa experiencia demuestra la evolución de conceptos y definiciones jurídicas por haber cambiado también los comportamientos sociales, o por haber evolucionado también, para bien, las relaciones sexuales, la dignidad humana o la igualdad de las personas sin distinción de sexos, acabando de una vez por todas con los tabúes, la hipocresía, la intolerancia o la desigualdad más irritante, olvidándose que en las relaciones humanas no hay supremacías, ni en los comportamientos individuales, sino solamente aquellas diferencias que marca la propia fisiología natural.

La persona es libre por autonomía, por Derecho natural. Y esa voluntad o libertad de elección, ha de primar en cuanto se refiere a las relaciones sexuales, o contactos del sexo. Dejando aparte cualquier teoría que enaltezca la pecaminosidad, la inmoralidad o la perjudicialidad del sexo, es evidente que, en el campo de la homosexualidad o heterosexualidad, las actitudes humanas se han de producir al amparo de la más estricta libertad de la persona, aboliéndose de manera absoluta cualquier conducta que quiera imponerse por la vía de la fuerza, violencia física o intimidación, cualquiera que sea su intensidad o cualquiera que sea la actitud que adopte entonces la pareja, porque siempre obedecerá a causas ajenas a su íntima libertad.

Cualquier delito sexual y en especial el de abuso sexual en este caso no podrá ser considerado como un atentado contra la honestidad de la persona (dado que no es la honestidad el bien jurídicamente protegido por la norma penal), sino una transgresión contra la libertad psicosexual de ésta. Así reitero, que la esencia del abuso sexual está en la conculcación de la libertad y el derecho a elegir el: cómo, cuándo, dónde, y con quién de nuestras relaciones sexuales. Se trata pues de un ataque a la libertad y seguridad sexuales, siempre.

Es cierto que la barrera que la moral sexual, establecida por la norma, opone a los comportamientos sexuales varía según las épocas, tal como se ha dicho ya.

Ciertamente que los distintos y nuevos conceptos que se tienen sobre el desnudo, y sobre todo, la interrelación del hombre y la mujer en la vida familiar, social y profesional, así como la elevación de sus niveles de educación, han modificado abiertamente los comportamientos y los supuestos. Pero todo esto no hace sino acentuar la necesidad de esta denominación, "libertad sexual", que ahora más que nunca se impone en este mundo nuevo en el que la mujer y el hombre actúan al mismo nivel, activamente en todos los sentidos, desenvolviéndose al amparo de una libertad que por encima de todo hay que respetar.

La libertad sexual entonces se protege, no como la facultad subjetiva de la persona para ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad.

Todas estas consideraciones afectan a los delitos del título decimoquinto, o limitaciones a la libertad sexual, como antecedente del delito autónomo de abuso sexual. Estos principios tan simples, sin escándalo de clase alguna, propugnan el valor de la libertad en general, y de la libertad de sexo de modo particular. Con el abuso sexual también se quebranta la libertad de la persona a quien se le fuerza, se le comprime, o se le perturba contra lo que su instinto quiere.

En el abuso sexual el legislador se da cuenta que el ataque a la libertad sexual de la persona no es solo el acceso carnal, oral o anal, ni la agresión sexual propiamente dicha. Sino que también las actitudes, actos, palabras y presiones físicas de menor entidad, pueden formar una conducta punible, porque con ella se quebranta el sosiego, la tranquilidad y la libertad de la persona.

Así el abuso sexual supone, en el ámbito penal, toda conducta que avasalle, violente, exija y comprima a otra persona, manifestando inequívocamente una petición o solicitud sexual de manera insistente y no querida. Una conducta seria, hiriente y molesta, que se exteriorice con actos lujuriosos y fines lascivos. No se precisa ninguna especial vinculación personal o profesional entre las partes.

Puede ser en relaciones heterosexuales o bien homosexuales. Los sujetos activo y pasivo pueden ser, indistintamente, hombre o mujer, aunque lo normal sea sujeto activo y sujeto pasivo de distinto sexo.

a) Análisis del Concepto Legal de "Abuso Sexual".

Anterior a la reforma hecha al Artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para el todo el territorio de la República en materia del Fuero Federal, la denominación legal del delito era incorrecta, ya que derivaba de la defectuosa reglamentación contenida en el Código Mexicano de 1871 y el nombre del delito correspondía a la descripción del tipo, ya que la acción se describía como " todo acto impúdico que puede ofenderlo...", frase que, por imprecisa, fue suprimida en la legislación actual. Con la reforma se terminó con la errónea sugerencia de que era el pudor el bien jurídicamente tutelado, la actual redacción legal del tipo demuestra que en realidad la tutela se establece en beneficio de la libertad o de la seguridad sexuales de los ofendidos. (77)

Pero si bien la denominación legal del delito es incorrecta, su clasificación dentro de los delitos sexuales es correcta, ya que la acción ejecutada por el infractor es siempre de tono libidinoso y los derechos del ofendido, violentados o comprometidos por la acción son concernientes a su propia vida sexual, reuniéndose en el caso la doble exigencia que marca la redacción del tipo. (78)

(77) González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, p. 356

(78) Ibid. p. 357

En opinión del Maestro González de la Vega, para poder denominar con propiedad como sexual a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o criterios regulares: a) que la acción típica del delito realizada positivamente por el delincuente en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y b) que los bienes jurídicos dañados o afectados por esa acción sean relativos a la vida sexual del ofendido. (79)

En efecto:

a) Cuando decimos que para llamar en doctrina como sexual a un delito se requiere, en primer lugar, que su acción típica sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual, queremos expresar que no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, móvil, motivo o finalidad de lineamientos lascivos más o menos definidos en la conciencia del actor o sumergidos en su subconsciente, sino que es menester además que la conducta positiva del delincuente se manifieste en actividades lúbricas somáticas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hacen ejecutar. Estas acciones sexuales pueden consistir: en simples caricias o tocamientos libidinosos, como en el delito de abuso sexual, o en las distintas formas del ayuntamiento sexual que sean normales, como en el delito de estupro, o indistintamente normales o contra natura, como en el delito de violación. (80)

(79) González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, pp. 308-309.
(80) Loc. Cit.

b) Se requiere, además, que la acción corporal de lubricidad típica del delito, al ser ejecutada físicamente, produzca de inmediato un daño o peligro a intereses protegidos por la sanción penal, atañedores a la propia vida sexual de la víctima. Los bienes jurídicos así susceptibles de lesión por la conducta delincencial, pueden ser, según las diversas figuras de delito, relativos a la libertad sexual o a la seguridad sexual del paciente. Refiriéndose al objeto de la tutela penal en los delitos de libidine, Mancini expresa que consiste en "el interés social de asegurar el bien jurídico de las buenas costumbres, en cuanto se refiere a la inviolabilidad carnal de la persona contra las manifestaciones violentas o de cualquiera otra manera abusivas o corruptoras de la libidine de otra". (81)

De tal suerte los delitos sexuales son: Aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales, siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal. (82)

En términos esenciales, se entiende por delito de abuso sexual, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos, los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópula y que no tienden directamente a ella, ejecutados en menores de doce años o en persona sin capacidad para comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o sin consentimiento de personas distintas de las anteriores.

(81) González de la Vega. Op.Cit., p. 309

(82) Ibid. p. 314

b) Estudio Dogmático. En capítulos anteriores hemos hecho referencia a conceptos tales como: Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad y Punibilidad; los que corresponden a los elementos formativos del delito.

Se han estudiado de forma particular, citando conceptos doctrinales y, apoyándonos también en la legislación penal vigente, en lo que a cada uno de ellos corresponde.

En este capítulo se elaborará el análisis a través de la Dogmática Jurídica del tipo delictivo materia del presente trabajo.

Comenzaremos por enunciar la Clasificación del Delito de Abuso Sexual desde un punto de vista meramente Doctrinario.

CLASIFICACION DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.-

A) Por su gravedad.- Los delitos pueden para su estudio dividirse en forma bipartita o tripartita. Nuestro sistema adopta para tal efecto la división bipartita. De este modo las conductas contrarias a derecho pueden clasificarse en: faltas y delitos.

Las faltas son contravenciones a reglamentos administrativos tales como, los reglamentos de policía.

Los delitos son todas aquellas conductas que violan las disposiciones jurídico-penales contenidas en leyes generalmente en leyes previamente establecidas.

En el sistema tripartita se incluyen además las conductas consideradas como crímenes que son, los ilícitos penales que atentan contra la vida y los derechos naturales del hombre de mayor relieve por ejemplo: la integridad sexual.

La conducta de abuso sexual por su gravedad se clasifica como: DELITO.

B) Por su conducta.- De ACCION, pues requiere de un movimiento, de un comportamiento positivo, de un hacer. El que una vez realizado viola una ley prohibitiva.

C) Por su resultado.- FORMAL. Pues no requiere para su integración de ningún resultado material, es decir, con su realización por el agente no se produce ninguna mutación de carácter material y correspondiente al contenido concreto y determinado del delito o cambio alguno en el mundo exterior.

D) Por el daño que causa.- DE PELIGRO. Considero al decir del maestro Cuello Calón que los delitos de peligro son aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro, debiendo entenderse por peligro la posibilidad de la producción, más o menos próxima de un resultado perjudicial. El propio autor afirma que son delitos de lesión "los que consumados causan un daño directo y efectivo a intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada". (83)

(83) Cuello Calón. Derecho Penal, I, pp. 286 y 287.

De tal suerte parece comprensible que el delito de abuso sexual sea considerado por el daño que causa como de PELIGRO, ya que una vez consumado no ocasiona en el bien jurídicamente tutelado por la norma penal - y que es la libertad sexual cuando el delito es cometido en contra de personas mayores de doce años o con capacidad para comprender el hecho, y la seguridad sexual cuando es cometido en personas menores de doce años o con incapacidad para comprender el hecho y resistirlo - un daño directo y efectivo, sino que crea para los mismos una situación de peligro. (84)

Esto por la naturaleza misma del bien protegido por la norma penal, el cual depende directamente de la situación mental, educación, cultura, o personalidad del sujeto que reciente la conducta delictiva. Lo que nos obliga a una apreciación subjetiva del daño causado por la comisión del delito.

E) Por su duración.- INSTANTANEO. El anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, aplicable en Materia Federal, elaborado en 1958, recoge el concepto de delito instantáneo dado por Ranieri al expresar en su artículo 10: " El delito es instantáneo cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos constitutivos", concepto que atiende, en forma evidente, al criterio de la consumación. (85)

(84) Piug Peña Federico, Cit. por Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. 235
(85) Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. 236

De la definición citada se desprende que son elementos del delito instantáneo:

- a) Una conducta, y
- b) Una consumación y agotamiento instantáneo del resultado.

A través de las reformas y adiciones hechas en 1983 al Código Penal del Distrito Federal, de aplicación Federal, se recogió el concepto de delito instantáneo del artículo 10 del Anteproyecto de Código Penal de 1958, y se insertó en el artículo 79 del Código Penal vigente, dicho artículo quedó redactado de la siguiente manera: "Artículo 79.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;.... (86)

F) Por el elemento interno.- INTENCIONAL. Como ya hemos mencionado anteriormente durante el análisis del concepto legal de "abuso sexual" se hace imprescindible para la integración del delito la existencia en su autor del ánimo de lubricidad, pues sin dicho afán libidinoso no podría calificarse de "sexual" a la acción. De tal suerte que el requisito de dicho ánimo de lubricidad en el agente, hace que el delito de abuso sexual no admita comisión por imprudencia o culpa.

(86) Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. 236.

Pues como ya se dijo antes a pesar de que este ánimo de lubricidad sea un elemento psicológico, de carácter subjetivo e interno el juez puede inferirlo partiendo de los datos objetivos eróticos de la conducta del agente y observando las circunstancias especiales de la comisión del ilícito. (87)

G) Por su estructura. - SIMPLE. Dado que en su estructura solo se contempla la protección a un bien jurídicamente tutelado en este caso la libertad sexual.

H) Por el número de actos. - UNISUBSISTENTE. Pues para su conformación es suficiente la realización por el sujeto activo de un solo acto - en este caso sexual - contrario a la norma.

I) Por el número de sujetos. - UNISUBJETIVO. Pues en el tipo penal se considera suficiente la participación de un sólo sujeto en el hecho delictivo.

J) Por su persecución. - DE OFICIO. Aquí la autoridad está permanentemente obligada a actuar en contra de los autores del delito.

(87) González de la Vega, Fco. Derecho Penal Mexicano, p. 154.

K) Por su materia.- COMUN Y FEDERAL. Ya que el tipo es de aplicación local a nivel Distrito Federal y federal a nivel todo el Territorio de la República Mexicana.

L) Clasificación Legal.- Libro Segundo, Título Decimoquinto de los "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", Capítulo Primero (I), Artículo 260 y 261.

Presupuesto del delito:

Imputabilidad.- En el delito de Abuso Sexual se considera imputable a todo aquél que posea capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

A contrariu censu se considerará inimputable a todo aquél que no posea la capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

Estudio de acuerdo a los elementos formativos del delito (básicos y secundarios).-

1. **Conducta.-** Es el elemento objetivo del delito. La conducta en el delito de Abuso Sexual se clasifica de acuerdo a:

Sujeto activo y Sujeto pasivo.- El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer; igualmente el sujeto pasivo puede serlo hombre o mujer. Esta indiferencia en cuanto al sexo de los protagonistas la explica Carrara haciendo notar que "en los actos de libidine la diversidad de sexos no puede ser requisito, porque la concupiscencia pervertida puede encontrar un desafío con sobre el cuerpo de individuos del mismo sexo; y no puede serlo, aunque el ultraje se cometa con fines de odio o de venganza, por que el resultado que se quiere impedir es idéntico y el derecho que liga toda persona de que sea respetada su libertad y seguridad sexual debe ser protegido contra la violencia de otro cualquiera que sea el sexo del violentador. (88)

(88) Carrara. Cit. por Fco. Gil. De la Vega. Op. Cit., p.347.

c) Objeto material.- La persona que recibe el daño. Esta puede ser aquella menor de doce años o que por cualquier circunstancia carezca de capacidad para comprender el significado del hecho y pueda entonces resistirlo, o bien, persona mayor de doce años con capacidad para entender el hecho y resistirlo. Independientemente del sexo de la víctima. En la generalidad es casi siempre el ofendido la persona que recibe el daño.

d) Objeto jurídico.- Se constituye por las características legales a las que se denominan "bien jurídicamente tutelado", es decir, son aquellas circunstancias o derechos que se trata de proteger al establecerse el delito. En el delito que nos ocupa el bien jurídicamente tutelado es la seguridad y libertad sexuales.

e) Medios.- La redacción completa de la norma descriptora del delito excluye de su contenido la cópula, por lo que limitativamente debemos entender por actos sexuales en el abuso sexual: aquellas acciones de lubricidad que resiente corporalmente la víctima, tales como caricias, tocamientos o maneos obscenos realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual; bien sea que el agente los ejecute en la víctima, o se los haga ejecutar. (89)

(89) González de la Vega. Op. Cit., p. 344.

Ausencia de Conducta.- Es el elemento & aspecto negativo de la conducta.

Hipnosis: Es el medio para orientar la voluntad a través de métodos de control psíquico- físico actuando siempre sobre el subconciente de la persona. Siempre que no existe consentimiento previo de la persona para someterse a este estado de hipnosis.

2. Tipicidad.-Es el encuadramiento de la conducta al tipo descrito en el ordenamiento jurídico penal, Artículo 260.

Tipo: Es la descripción legal de la conducta delictiva.

Elementos constitutivos del delito de acuerdo al tipo:

I. Ejecución en la víctima de un acto sexual distinto al ayuntamiento o el obligar a ésta a ejecutarlo; El primer elemento, indicador de la acción humana característica de este delito, consiste, según frase legal, en la ejecución en la víctima de un acto sexual. En materia delictuosa en que las acciones típicas consisten precisamente en la cópula o en manejos lúbricos en el cuerpo, estos actos sexuales lo son no importando que sean completos o incompletos fisiológicamente considerados. Por supuesto no nos referimos a simples pensamientos, inclinaciones, manifestaciones poéticas o deseos vagamente amorosos, sino a acciones libidinosas ejecutadas corporalmente, lo que equivale a actos somáticos eróticos o sexuales tales como tocamientos lascivos (propensos a la lujuria o al delito carnal), lúbricos o fornicaciones. (90)

(90) González de la Vega. Op. Cit., p. 144.

II. Ausencia de un propósito directo e inmediato de llegar a la cópula; Este elemento revela que desde un doble punto de vista el abuso sexual es un acto sexual incompleto: a) material o fisiológicamente; y b) psicológica o subjetivamente. (91)

a) Cuando se dice que la acción lúbrica en el abuso sexual ha de ser incompleta, material o fisiológicamente, queremos expresar que debe limitarse a los simples tocamientos o acciones corporales lascivos que lo lleguen hasta la consumación de la cópula; si se sobrepasa la acción y se realiza el ayuntamiento sexual desaparece la figura de abuso sexual, pudiendo surgir otra infracción más grave. (92)

b) No basta que la acción libidinosa en el abuso sexual sea incompleta desde el punto de vista fisiológico o material; monester es además, que sea incompleta psicológica o subjetivamente, entendiéndose por ello que el agente, a través de los actos lúbricos que realiza corporalmente en la víctima, no se propone en el instante la consecución de la cópula. Para expresarlo positivamente, el delito de abuso sexual se caracteriza porque el agente satisface su libidine, de momento al menos, con los simples tocamientos o acciones lascivas distintas no sólo al ayuntamiento sexual, sino a sus intentonas.

(91) González de la Vega. Op. Cit., p. 346

(92) Loc. Cit.

La legislación emplea las palabras "sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula" para eliminar del contenido de abuso sexual aquellos casos más graves en que el sujeto emplea las maniobras lascivas como principio de ejecución de una cópula, o como medio para obtenerla en el instante o momento, sin solución de continuidad en los actos. En cambio, se integra delito de abuso sexual, aunque exista deseo de obtener el ayuntamiento, si el propósito es remoto o lejano. (93)

Este carácter psicológico limitativo es el que da sustantividad propia al abuso sexual y el que permite distinguirlo de los otros delitos sexuales en que el ayuntamiento es elemento constitutivo. Si el agente persigue con sus acciones lubricas ejecutadas en el cuerpo del ofendido una inmediata fornicación con persona menor de doce años (impúber) o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, o de persona mayor de doce años (púber), desaparece la figura del abuso sexual, surgiendo la tentativa de violación. Así los actos impúdicos ejecutados violentamente en el cuerpo del ofendido para vencer su resistencia y obtener en el instante la conjunción carnal, integrarán tentativa de violación cuando el ayuntamiento no se logre por causas ajenas a la voluntad del agente. (94)

(93) González de la Vega, Op. Cit., p. 247

(94) Loc. Cit.

III. Que dicho acto se efectúe sin el consentimiento de la persona o en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.

IV. Un Animo de lubricidad en el agente, es decir, un acto sexual fisiológicamente incompleto. Diversos autores han subrayado el Animo de lubricidad como especial elemento psicológico para este delito. Dados los términos de la legislación mexicana vigente, en el sentido de que el abuso sexual consiste en la ejecución de un acto sexual, nos parece imprescindible para la integración del delito la existencia en su autor del móvil de lubricidad, pues sin el afán libidinoso no podría calificarse de "sexual" a la acción. Sin embargo, creemos que este Animo de lubricidad puede tener por objeto satisfacer o desahogar la propia libidine o la de otro, aun la de la propia víctima. Si en el sujeto pasivo se efectúa, sin Animo de lubricidad y por simple burla, malevolencia u odio un acto en sí mismo deshonesto, no podrá hablarse de la existencia de un verdadero abuso sexual. (95)

Como el delito para ser tal requiere de dicho Animo de lubricidad, el abuso sexual (como ya se dijo), no admite comisión por imprudencia o culpa. (96)

(95) González de la Vega. Op. Cit., pp. 351-352.

(96) Ibid., p. 354

Aun cuando el ánimo de lubricidad, como elemento psicológico especial del delito, es de carácter subjetivo y pertenece a la esfera interna de la conducta del delincuente, el juez puede, en los procesos, fácilmente inferirlo partiendo de los datos objetivos eróticos de la conducta y observando las circunstancias que acompañaron la ejecución del acto y naturaleza de éste. Por otra parte, existe una fuerte presunción del móvil erótico en los actos en sí mismos deshonestos ejecutados corporalmente, porque éstos tienen casi siempre por causa la libidine, siendo excepcional que se realicen por simple burla, malevolencia, odio, venganza o injuria. (97)

A) Clasificación del delito en orden al tipo.

a) Por su composición: ANDROMAL.- Pues en su descripción no incluyen valoraciones subjetivas tales como: "El no propósito inmediato de llegar a la cópula (unión sexual) ...",.

b) Por su ordenación metodológica: FUNDAMENTAL O BÁSICO. Entendiendo que tipo básico o fundamental es aquel " en que cualquier lesión al bien jurídicamente tutelado basta por sí sola para integrar un delito. Los tipos básicos constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código Penal ". (98)

(97) González de la Vega. Op. Cit., p. 354

(98) Jiménez Huerta, Cit. por Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. 387.

c) Por su formulación: AMPLIO. Ya que en la descripción legislativa no se señalan la forma ni los medios por los que puede cometerse el ilícito siendo así que la forma o medios pueden ser diversos.

Explicando decimos que el abuso sexual es un delito corporal porque el sujeto pasivo siempre lo sufre en su persona ofendiéndose su inviolabilidad carnal. Por eso, dentro del concepto de acto erótico o de acto sexual, ejecutado en la víctima caben diversas hipótesis, en las que ésta siempre resiente en su cuerpo la acción: a) las acciones obscenas que el autor del delito realiza directamente en el cuerpo de la víctima; b) las que hace realizar por un tercero en el ofendido para gozarse con su contemplación; c) las acciones corporales lúbricas que se hacen realizar a la víctima en su ofensor; d) las que le hacen efectuar en un tercero como modo contemplativo de excitar o satisfacer la libidina; e) las que se obliga o induce a una persona mayor de doce años o a una menor de esta edad o que carezca de capacidad para comprender el significado del hecho o no pueda resistirlo a ejecutar materialmente en su propio cuerpo. Nótese que en todas estas hipótesis los resultados de la actividad criminal recaen físicamente en la persona del sujeto pasivo o del activo, que es lo que la ley exige cuando dice: "Al que... ejecute en ella (en la víctima) o la obligue a ejecutarlo, un acto sexual. (99)

(99) González de la Vega. Op. Cit., pp 344-345

La redacción completa de la norma descriptora del delito excluye de su contenido la cópula, por lo que limitativamente debemos entender por actos sexuales en el abuso sexual: cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo; tales como caricias, manoseos, y torcimientos corporales obscenos; o que el agente hace ejecutar a su víctima realizados para excitar o satisfacer, de momento al menos, la libidine, aunque por medios fisiológicos incompletos por ser distintos al ayuntamiento sexual. (100)

d) Por su autonomía: AUTÓNOMO.— Ya que autónomo significa que tiene vida por sí mismo sin que sea necesario para su existencia la de otro tipo penal anterior.

e) Por el daño que causan: DE PELIGRO.— Ya anteriormente hemos explicado el por qué de considerar al delito de abuso sexual como de PELIGRO, ya que una vez consumado no ocasiona en el bien jurídicamente tutelado por la norma penal (la libertad y seguridad sexuales) un daño directo y efectivo, sino que solamente crea en éste una situación de peligro.

Esto por la naturaleza misma del bien protegido por la norma penal, que como ya también se menciona, depende directamente de la situación mental, educación, cultura o personalidad del sujeto que reciente la conducta delictiva. Lo que nos obliga a una apreciación subjetiva del daño causado por la comisión del delito.

(100) González de la Vega, Código Penal Comentado, p. 380.

... Atipicidad.- Es el no encuadramiento de la conducta al tipo descrito en el ordenamiento jurídico penal.

Existen varias causas de atipicidad. Entre las más importantes se encuentran:

- 18.- Falta de calidad en el sujeto activo o pasivo.
- 28.- Falta de objeto material o falta de objeto jurídico.
- 32.- Falta de referencias temporales o espaciales.
- 42.- Al no realizarse el hecho por los medios específicamente señalados en la ley.
- 52.- Por falta de los elementos subjetivos del injusto.

En el delito que nos ocupa solo podría presentarse la atipicidad por FALTA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO en el caso de que el agente tuviera la intención o el propósito inmediato o directo de llegar a la cópula (unión sexual).

62.- Por no darse la antijuridicidad especial que en algunas ocasiones se exige en el tipo penal. En el delito de abuso sexual se exige la falta de consentimiento por parte del pasivo del delito.

3. Antijuridicidad.- Una conducta es antijurídica cuando es contraria a Derecho.

Causas de Justificación.- Son el aspecto negativo de la antijuridicidad. Se ha discutido si el consentimiento puede dar origen a una causa de justificación en el delito en comento sin embargo, el efecto del consentimiento aquí no es otro que el de imposibilitar la integración del delito, al no originarse la ilicitud o la tipicidad de la conducta o del hecho, por ausencia, en la ellma

hipótesis, de la falta de consentimiento expresamente requerida como un elemento específico de la figura legal. (101)

4. Culpabilidad.- Es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto. El que exista como requisito esencial del tipo el no propósito directo e inmediato de llegar a la cópula y si en cambio el ánimo de lubricidad en el agente hace que el delito de abuso sexual no admita comisión por imprudencia o culpa, quedando entonces claro que sólo podrá cometerse a través de una conducta con las características del dolo directo, es decir, que la voluntad del agente sea encaminada "directamente" al resultado previsto, existiendo identidad entre el acontecimiento real y el representado. (102)

Inculpabilidad.- Es la inexistencia de ese nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto. Las circunstancias especiales o elementos esenciales que demanda la norma para la existencia del delito de abuso sexual nos hacen concluir que es imposible que se presente cualquiera de las causas de inculpabilidad que como ya hemos estudiado son genéricamente:

- a) el error; y
- b) la no exigibilidad de otra conducta.

(101) Pavón Vasconcelos. Derecho Penal Mexicano, p. 350
(102) Ibid., p. 396.

Nos parece que se entiende que no es posible considerar al error como causa de inculpabilidad ya que el tipo es muy claro en su referencia al no consentimiento del sujeto que recibe la acción delictiva y la falta de intención directa e inmediata por parte del agente de llegar a la cópula. Por lo que hace al conocimiento del agente de lo que se considera como sexual sería ridículo pensar que éste creyera que los tocamientos o acciones corporales lascivos (propenso a la lujuria) que realiza en su víctima son inocentes o inofensivas demostraciones de afecto. Hay por ejemplo una gran diferencia entre las caricias o besos de un padre o madre a su hijo o hija, o de un abuelo a un nieto (normales), a las caricias o besos libidinosos que se ejecutan en una persona con ánimo lúbrico o con intención "lasciva".

Elementos secundarios:

5. Punibilidad.- Es el merecimiento de la pena, la acción de castigar.

Con la última reforma, se ha aumentado la pena máxima a tres años en lugar de dos que se señalaban en el anterior, y no adecúa al interés jurídico tutelado en el presente título.

En el supuesto de que se ejerciere violencia física o moral sobre la víctima, se agrava la penalidad. (103)

Art. 260.- Al que sin consentimiento...., se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión.

(103) González de la Vega. El Código Penal Comentado, p. 207.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán hasta en una mitad.

Art. 261.- Al que sin el propósito de llegar a la cópula,.... se le aplicara una pena de seis meses a tres años, o tratamiento en libertad o semilibertad por el mismo tiempo.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena será de dos a siete años de prisión.

En términos de generalidad, es necesario advertir respecto de la conducta delincinencial de los perturbados sexuales, que sus anomalías con frecuencia son síntomas de estados mentales enajenativos. Recomendable resulta en los procesos su examen por peritos psiquiatras. Cuando se demuestre que la acción lasciva ha sido realizada por un enajenado mental, la sanción aplicable será, a título preventivo y de tratamiento, reclusión por tiempo indefinido, hasta la sanidad del sujeto, en manicomios criminales o establecimientos especiales (arts. 68 y 69 del Código Penal). (104)

Excusas absolutorias.- Son el aspecto negativo de la punibilidad y son aquellas circunstancias que dejando subsistente el delito sólo impiden la aplicación de la pena. Las que atendiendo a la enumeración hecha en el interior del presente trabajo no coinciden en ningún caso con alguna circunstancia descrita en el tipo referido por lo que no existen para la conducta de abuso sexual. Excusas Absolutorias.

(104) González de la Vega. Derecho Penal Mexicano., p. 774.

TENTATIVA.— El delito será tentativo cuando el autor dolosamente haya dado comienzo a la ejecución, pero no lo consuma por causas ajenas a su voluntad (a. 12 del C.P.).

Este precepto constituye una expresa derogación específica de las reglas generales de la tentativa establecida en razón de que antes del momento consumativo, los hechos anteriores son equívocos o simplemente preparatorios y, por tanto no deben ser punibles. Además, para la existencia de la tentativa punible se requiere la ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización del delito, y en el abuso sexual la ejecución de estos hechos supone ya la realización de maniobras lúbricas en el cuerpo del ofendido, es decir, coincide con la consumación de la figura. (105) El delito de abuso sexual sólo se castiga cuando se ha consumado. Así el momento consumativo de esta infracción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier acción libidinosa en el ofendido.

ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO.

Concurso de delitos.—

Artículo 18 C.P.— Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. (106)

(105) González de la Vega. Op. Cit., p. 756.

(106) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para todo el Territorio de la República en materia del Fuero Federal.

PARTICIPACION. Consiste en la voluntaria intervención de varios sujetos en la realización de un hecho delictivo sin que el tipo requiera de esa intervención grupal.

Hay diversos tipos o grados de participación:

autor.- el que comete el hecho delictivo.

autor intelectual.- el que piensa y decide la comisión del hecho delictivo.

autor material.- el que ejecuta el acto delictuoso.

autor mediato.- el que delinque por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento.

co-autor.- persona que en unión a otras comete una infracción penal.

cómplice.- persona que no siendo autor del delito coopera en su comisión con actos anteriores o simultáneos.

instigador.- el que promueve que se lleve a cabo el delito.

encubridor.- es el que aprovecha los efectos y ayuda a la fuga del responsable. (107)

Cabe la posibilidad de que se presente la participación delictuosa en cualquier grado pues se cumple con los requisitos de su existencia: a) Unidad en el delito, y b) Pluralidad de personas.

(107) Apuntes del Curso Derecho Penal II, Período 90/11.

Conclusiones

19.- Se considera como delito de "Abuso sexual" a toda acción positiva de lubricidad ejecutada en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le obliga a ejecutar sin su consentimiento, y sin el propósito directo o inmediato de llegar a la cópula, y que atenta en contra de su libertad o su seguridad sexuales, siendo estos los bienes jurídicamente tutelados por la norma penal.

20.- El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, hombre o mujer; igualmente el sujeto pasivo, no importando si la acción sexual se ejecuta o se obliga a ejecutar a persona de distinto sexo al del agente o a una del mismo.

21.- El objeto específico de tutela penal es un/a persona/s mayores de doce años y en las menores de esta edad o con incapacidad para comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no puedan resistir su libertad, seguridad sexuales.

La distinción en la edad del sujeto pasivo atiende a dos diversas hipótesis legales del delito según el mayor o menor desarrollo fisiológico sexual de éste.

42.- La supresión de las palabras púber e impúber que hacían referencia al acontecimiento de los fenómenos del desarrollo o del inicio de la aptitud para la vida sexual externa (adolescencia) se encuentra superada por la actual redacción del tipo en la cual sólo se hace referencia a la edad del ofendido para el agravamiento de la pena.

52.- Para la integración del delito de Abuso sexual se requiere que : a) Se ejecute o se obligue a ejecutar a una persona un acto sexual distinto al ayuntamiento, b) sin el consentimiento de la misma, y c) sin el propósito directo e inmediato por el agente de llegar a la cópula.

62.- El ánimo de lubricidad y la característica de libidinoso son requisitos de esencia del acto sexual para poder ser considerado como tal.

72.- La clasificación del delito de abuso sexual dentro del título de los delitos sexuales es correcta, ya que la acción ejecutada por el agente es siempre de tipo libidinoso y los derechos del ofendido, violentados o comprometidos por la acción del agresor, son concernientes a su propia vida sexual.

82.- El delito de abuso sexual sólo se castiga cuando se ha consumado. El momento consumativo de esta infracción es instantáneo y se cumple cuando se efectúa cualquier acción libidinoso en el ofendido.

92.- Dado que para la existencia de la tentativa punible se requiere la ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización del delito y en el abuso sexual la ejecución de estos hechos supone ya la realización de maniobras lúbricas en el cuerpo del ofendido, es decir, coincide con la consumación de la figura, no hay posibilidad de la realización del delito en grado de tentativa punible.

102.- Desde un punto de vista criminológico, se observa que los autores del delito de abuso sexual generalmente son personas que se encuentran en el orto o en el ocaso de la vida sexual; son los jóvenes que adolecen de una vida sexual madura y que, por inexperiencia, no encuentran fácil desahogo a sus apetencias; o son las personas en que declinan las funciones sexuales los más frecuentes atentadores contra el equilibrio sexual de otras. Psicológicamente este delito muestra en sus autores, por un motivo o por otro, insatisfacción sexual en los primeros o superabundancia del afán sexual después de desaparecida su posibilidad en los segundos.

BIBLIOGRAFIA.

- BECCARIA, Marques De: Tratado de los delitos y de las penas, 5a. edición fascimular, Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.
- CARRANCA Y RIVAS RAUL: Derecho Penal Mexicano, Parte General, 15a. edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.
- CARRANCA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS: Código Penal Anotado, edic. 12a., Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- CASTELLANOS, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General), 7a. edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1990
- CUELLO CALON, Eugenio: Derecho Penal (Parte General) Tomo I volumen primero y segundo, 12a. edición, Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1956.
- DE P. MORENO, Antonio: Curso de Derecho Penal Mexicano, edic. 22a., Editorial Porrúa, S.A., México, 1963.
- ETCHEBERRY, Alfredo: Derecho Penal, Parte General Tomo Primero, 2a. edición, Carlos E. Gibbs A. editor, Santiago de Chile, 1975.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco: Derecho Penal Mexicano, 24a. edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano: Derecho Penal Mexicano, edic. 8a., Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.
- MADRAZO, Carlos A. : La Reforma Penal (1983-1985), s/edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1989.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco: Derecho Penal Mexicano, 12a. edición. Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino: Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, 9a. edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1990.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino: Programa de la Parte General del Derecho Penal, 1a. edición, Edit. Jus, S.A., México, 1958.
- VILLALOBOS, Ignacio: Derecho Penal Mexicano, 6a. edición, Edit. Porrúa, S.A., México, 1980.
- ZAFFARDONI, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal Parte General, 2a. edición, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1988.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, 4a. edición. Edit. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO Y Porrúa, S.A., México, 1991.

Legislación Consultada.-

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para todo el Territorio de la República Mexicana en materia del Fuero Federal.