

434
28



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

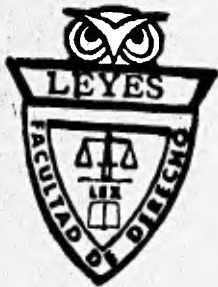
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO
DEL PELIGRO DE CONTAGIO

FALLA DE ORIGEN

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

ASESOR: LIC. FORTINO LOPEZ VALLE



MEXICO, D. F. FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

México, D.F., a 14 de julio de 1995.

**DR. RAL CARRANCA Y RIVAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO PENAL.
PRESENTE.**

MUY DISTINGUIDO DOCTOR:

El C. Pasante de Derecho **JORGE JIMENEZ SAAB**, ha finalizado la elaboración de su Tesis de Licenciatura intitulada **"ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO"**, cuya investigación fué realizada bajo mi dirección; trabajo que por su amabilidad fué inscrita con fecha 17 de mayo de 1994 en el Seminario de Derecho Penal, tan dignamente dirigido por usted, con ese motivo someto a su consideración la Tesis indicada para que se atiendan las observaciones necesarias y en su momento, otorgue la aprobación correspondiente.

Con el afecto de siempre, y con un cordial abrazo lo reitero mi consideración.

ATENTAMENTE.


LIC. FORTUNATO LOPEZ VALLE.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, 10 de agosto de 1995.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACIÓN
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El C. JORGE JIMENEZ SAAB, ha elaborado -
en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. -
Fortino López Valle, su tesis profesional intitulada: "ES-
TUDIO ANALITICO DEL DELITO DE PELIGRO DE CONTAGIO", con el
objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia
la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el ar-
tículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las
tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación corres-
pondiente para todos los efectos académicos.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL E
El Director del Semi



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, en especial a la Facultad de Derecho; con profundo agradecimiento a la Institución y a todos sus profesores.

Al Licenciado Fortino López Valle, sin su apoyo no hubiera sido posible la realización de éste trabajo.

A la Coordinación General Jurídica del D.D.F., en particular a la Dirección de la Defensoría de Oficio con especial agradecimiento al Lic. Ruben Callegos Callegos y al Lic. - Alejandro Luna Ramos.

A mi padre; Lic. Jorge Jiménez
Sanchez con especial admiración
respeto y cariño.

A especial a mi esposa Rosaura
Avendaño Argueta; esperando que
pronto logres tus objetivos.

A mi madre; Rosa María Saab Ber-
mejo; por su fortaleza y tenaci-
dad.

Con todo mi amor a mis hijos ;
Ana Georgina y Jorge.

A la memoria del Lic. Camilo Saab
Vales. ¡ Abuelo, lo hicimos !

A mi abuela Velia Bermejo Badillo.

A la Lic. Edith Maya Solis y
al Lic. Ricardo Espinosa Huerta
por su amistad, confianza y
apoyo.

A mis hermanos; Jorge Said,
Georgina Alejandra y Nayeli
Gabriela.

A mis demás familiares, compañeros
y amigos: Siempre una palabra por
pequeña que sea y viniendo de per-
sonas que estimamos, nos ayuda a
seguir por el camino.

INDICE.

ESTUDIO ANALITICO DEL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO. TEORIA DEL DELITO..... 1

- I.- Teoria totalizadora del delito..... 3**
- II.- Teoria analitica del delito..... 7**

CAPITULO SEGUNDO. EL PELIGRO DE CONTAGIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

- I.- Antecedentes legislativos del delito del peligro de contagio..... 15**
- II.- El delito del peligro de contagio en el derecho vigente.. 22**

CAPITULO TERCERO. LA TEORIA ANALITICA APLICADA AL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO.

- I.- El elemento objetivo del delito. La conducta o hecho..... 24**
 - A) La acción y la omisión..... 25**
 - B) El resultado..... 27**
 - C) El nexo causal..... 30**
 - D) Clasificación del delito en relación a la conducta y al resultado..... 33**
 - E) La ausencia de conducta..... 37**
- II.- La tipicidad.**
 - A) El tipo..... 40**

B) Elementos del tipo.....	43
C) Clasificación del delito en orden al tipo.....	51
D) La atipicidad.....	55
III.- La antijuridicidad.....	57
A) La antijuridicidad en el delito del peligro de contagio.....	60
B) Las causas de justificación.....	61
IV.- La culpabilidad.....	72
A) La imputabilidad y su aspecto negativo.....	73
B) Formas de culpabilidad. El dolo y la culpa.....	78
C) La inculpabilidad.....	85
* El error.....	86
* La no exigibilidad de otra conducta.....	91
V.- La punibilidad.....	95
A) Las condiciones objetivas de punibilidad.....	99
B) La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad...	101
C) Las condiciones de perseguibilidad.....	102
D) La punibilidad en el delito del peligro de contagio...	103
E) Las excusas absolutorias.....	104

CAPITULO CUARTO. FORMAS ESPECIALES DE APARICION DEL DELITO.

A) Formas de aparición del delito en general.....	107
B) La tentativa.....	110
C) La consumación.....	114

CAPITULO QUINTO. LA PARTICIPACION DELICTUOSA..... 116

- A) El concurso necesario y el concurso eventual de sujetos..... 116
- B) La naturaleza jurídica de la participación..... 118
- C) La autoría..... 121
- D) La participación..... 125

CAPITULO SEXTO. EL CONCURSO DE DELITOS

- A) El concurso de delitos en general..... 131
- B) El concurso ideal..... 133
- C) El concurso real..... 135
- D) El delito continuado..... 136

CONCLUSIONES 139

BIBLIOGRAFIA 144

INTRODUCCION .

A partir del decreto del 26 de enero de 1940 se creó la figura típica conocida como "del peligro de contagio". La intención del legislador para crear éste tipo penal, fué sancionar las actividades sexuales de los enfermos venéreos, independiente del contagio en sí. Esto es, se pretendió instituir un tipo de peligro concreto para tratar de prevenir la propagación de las enfermedades venéreas.

Este artículo fué reformado por el decreto publicado - en el Diario Oficial de la Federación con fecha 21 de enero de 1991; - pretendiendo ampliar la tutela al bien jurídico; salud personal, sancionando el peligro de contagio, no sólo de las enfermedades venéreas sino de cualquier enfermedad grave de carácter infectante. Además de - ampliar el número de conductas que pueden consumar el delito; al abarcar cualquier medio de transmisión de la enfermedad.

Pero no obstante, la descripción típica actual del de-

lito del peligro de contagio presenta algunos defectos en cuanto a su estructura típica, que dificultan en sí la integración del tipo penal por la complejidad que resulta acreditar en forma individual cada uno de los elementos que integran el referido tipo penal.

Ante esta problemática, el objeto de este trabajo es la aplicación de la teoría analítica del delito, al tipo penal del peligro de contagio. Situación de sobre interesante por la oportunidad que representa el utilizar el método analítico, aplicándolo a una figura en particular, reafirmando los conocimientos sobre la teoría analítica, que inegablemente se constituye en la columna vertebral de nuestro sistema penal.

Una vez analizada esta figura típica, estaremos en posibilidad de establecer alguna opinión a la fórmula legislativa propuesta para permitir una tutela efectiva al bien jurídico tutelado; salud personal, ante la problemática que encierra la prevención de las enfermedades infectocontagiosas. Siendo preciso poner en entredicho la tute-

la real que ofrece este tipo penal, al ser notorio que este delito tipifica en forma independiente, una clara tentativa de lesiones.

En este punto nos encontramos ante la disyuntiva de -
derogar esta figura típica, o bien mejorar la descripción legal, contando ambos extremos con fundamentos válidos para adoptar una u otra posición.

En forma independiente a la posición adoptada, resulta notoria la necesidad de ampliar la atención médica en forma preventiva; concientizando a la población en los riesgos que representa contraer alguna enfermedad infecto contagiosa, y de las medidas que debe tomar quien la padece, para lograr su curación y evitar el posible contagio.

Es importante concientizar al legislador que su fórmula descriptiva ya fué rebasada, y es necesario precisar en forma urgente los términos vagos que utiliza.

I.- En relación al presupuesto típico que consiste en

la enfermedad grave en período infectante que debe padecer con antelación el sujeto activo, debemos observar que existe un período previo al desarrollo de la enfermedad en sí, en que el organismo es portador de algún agente patógeno, y desde ese momento es posible el contagio, aún antes de presentarse la enfermedad. Por ejemplo; la persona portadora del virus VIH, no puede considerarse enferma hasta el momento en que empiezan a manifestarse los síntomas propios de la enfermedad, pudiendo transcurrir hasta cinco años para presentarse en sí la enfermedad, pero no obstante, desde el momento en que es portador, está en posibilidad de contagiar a otras personas; el virus VIH.

II.- Es necesario sustituir la fórmula: "El que a sabiendas de que está enfermo ..." por: "El que sabiéndose portador de un agente patógeno productor de alguna enfermedad infectocontagiosa ..."

Considerando que la característica genérica de las enfermedades venéreas, así como las infectocontagiosas, es que son producidas por un agente patógeno. Término genérico que abarca todas y cada una de las especies, como por ejemplo; bacterias, virus, hongos, rickettsias etc.

III.- Es importante precisar el término "enfermedad - grave" por lo ambiguo que resulta, proponiendo al igual que se realiza con los narcóticos; se precise en la ley penal o sanitaria las enfermedades - infectocontagiosas consideradas graves, considerando que clínicamente la - gravedad de una enfermedad depende del huésped (sujeto pasivo), del agen - te patógeno y del medio ambiente. En atención que la Ley General de Salud únicamente precisa que enfermedades son consideradas transmisibles (arti - culo 134). Y toda vez que el aplicador de la ley carece en ocasiones del conocimiento específico para valorar la gravedad de las enfermedades.

IV.- En relación al término "mal venéreo"; debe susti - tuirse por el de; "enfermedad de transmisión sexual", o bien dejarlo com - prendido en el género "enfermedad grave infectocontagiosa". De la misma - forma que el término "relación sexual", el cual queda comprendido en el - término; "medio transmisible", considerando que el primero es una especie del segundo que es el género, debiendo modificarse éste último término por; "medio de transmisión idóneo", en virtud que cada enfermedad tiene sus me - dios de transmisión específicos.

V.- Es importante adicionar el artículo 199 bis en cuanto a la punibilidad, estableciendo una reclusión hospitalaria previa al cumplimiento de la sanción, a efecto de erradicar al agente patógeno mediante un tratamiento médico, cuando sea posible, y en caso contrario, establecer un sitio especial para el cumplimiento de la sanción, evitando el riesgo de contagio entre la población penitenciaria. No obstante que la ley de Salud para el Distrito Federal establece en su artículo 87 las medidas de seguridad sanitaria para evitar la propagación de las enfermedades infectocontagiosas, dentro de los reclusorios y centros de readaptación social.

La fórmula propuesta es la siguiente:

El que sabiéndose portador de un agente patógeno productor de alguna enfermedad infectocontagiosa, y a través de cualquier medio de transmisión idóneo, coloque en situación de peligro de contagio de una enfermedad grave o de transmisión sexual, la salud de otro, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si el agente patógeno, del cual es portador el sujeto activo, produce una enfermedad incurable, se impondrá una pena de seis meses a cinco años de prisión.

Previo a su reclusión se podrá ordenar su hospitalización, a fin de erradicar al agente patógeno cuando éste sea posible, en caso contrario, será recluido en un sitio especial a fin de evitar el riesgo de contagio entre la población penitenciaria.

Cuando se trate de cónyuges, concubinarlos o concubinas, podrá sólo procederse por querrela del ofendido.

CAPITULO PRIMERO.

TEORIA DEL DELITO.

Desde épocas remotas, los pueblos de la antigüedad - castigaron los hechos humanos contrarios al orden ético social, aún antes de la existencia de preceptos jurídicos que sancionaran los - actos lesivos para la comunidad.

La ausencia de normatividad no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o individuo lesionado, en contra del hecho lesivo.

Con el transcurso del tiempo y la aparición del orden jurídico, se originó la valoración jurídica del hecho lesivo - como delito, surgiendo doctrinariamente la necesidad de definir al delito y establecer una sistematización para su estudio; apareciendo la teoría del delito, con la finalidad de establecer un método y sistema que permita precisar los componentes del concepto delito, -

comunes a todo hecho punible y que pueda ser aplicado al estudio de los delitos en particular.

Zaffaroni considera que: "la teoría del delito es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general", es decir, cuáles son las características que debe reunir cualquier delito. Estableciendo que: "la utilidad de la teoría del delito atiende a un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto." (1)

Así, doctrinariamente existen principalmente dos concepciones que pretenden establecer los lineamientos para estudiar y conocer la composición del delito:

A) La teoría totalizadora o unitaria y

B) La teoría analítica o atomizadora.

(1) Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Cárdenas editor. 6ta ed. Buenos Aires. 1966. p. 317.

I .- TEORIA TOTALIZADORA DEL DELITO .

La teoría totalizadora del delito, también conocida como teoría unitaria, considera al delito como un bloque monolítico imposible de escindir en elementos, es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado, para comprender su verdadera esencia. (2)

Reconociendo esta teoría que si bien el delito puede presentar aspectos diversos, no es en algún modo fraccionable y su verdadera esencia, la realidad del delito, no está en cada uno de sus componentes y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad y sólo mirando al delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado. (3)

Es decir para los unitarios ; El delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea.

(2) Favón Vasconcelos Francisco. Manual de derecho penal mexicano. Ed. Porrúa. 5ta. edición . México 1982. p.150.

(3) Forte Petit Candaup. Apuntamientos de la parte general de derecho penal . Ed. Porrúa. 14ava edición. México 1991. p.197.

La corriente de que nos ocupamos, surge en Alemania alrededor de 1930, en contra de la concepción analítica del delito, siendo sus principales expositores; Kempermann, Dahn, Schaffstern y Iarens, quienes crean una corriente penal conocida, como escuela de Kiel, cuya existencia respondió a razones políticas. Toda vez que la corriente analítica, sentaba las bases para establecer en forma objetiva y general en cada caso concreto, la existencia o no del delito, es decir, no se querían extraer consecuencias prácticas que hicieran previsible la afirmación o negación del delito en el caso concreto. De esta forma, al negar la teoría analítica, se abría la posibilidad de determinar la existencia o no del delito en un caso concreto, a través de un criterio político, dependiendo de cada caso en particular.

(4).

En Argentina, surge una corriente unitaria, como una crítica a la teoría analítica, al considerar que esta teoría no se dedica al estudio del delito en sí, sino al de sus elementos

(4) Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal. Parte general Tomo III. Ed. Cárdenas. Buenos Aires 1968. P. p 15 a 17.

constitutivos, siendo que éstos son distintos de aquél, es decir, los analíticos dejan de considerar al delito como su objeto de estudio, trasladando dicho objeto a los elementos constitutivos en forma independiente, considerando al delito como la simple suma de los mencionados elementos constitutivos. Siendo sus principales expositores ; - Aftalián y Landaburí.

Según Laureano Landaburí la teoría elementista o atómica, considera al delito como si éste fuese un agregado o suma de elementos independientes, empleando para su conocimiento, con carácter exclusivo, el método analítico. Agrega que la elaboración analítica del delito, realizada por la ciencia penal contemporánea nos pone, frente a un panorama realmente paradójico, pues resulta que la teoría actual del delito, o bien, no se dedica al estudio del delito en sí, sino al de sus elementos, que son objetos distintos de aquél, o bien, abandona de entrada el conocimiento del objeto del delito, para trabajar sobre menos conceptos extraídos de su definición. (5)

(5) Landaburí Laureano. El delito como estructura. Revista de derecho penal. Tomo I p.429 y Tomo III p. 358. Buenos Aires.

Estas teorías unitarias han sido superadas, en virtud que sus críticas son infundadas, pues la corriente analítica, si bien estudia al delito a través de sus elementos constitutivos, no pierde de vista la estrecha relación existente entre ellos, sin negar su unidad.

Petrocelli considera que el análisis no es la negación de la unidad, sino que es, el medio para realizarla y es absurdo, hablar de una consideración unitaria, que no tenga como base una consideración analítica. (6)

Las Teorías unitarias que han pretendido negar a la teoría analítica del delito, fundadas en puntos de vista formales o políticos, han demostrado su inutilidad, al no brindar ninguna solución práctica, ya que su aplicación provocaría inseguridad e incertidumbre en la aplicación del derecho.

(6) Petrocelli. Principi di diritto penale. 3era edición Napoli 1950. p.256.

II .- TEORIA ANALITICA DEL DELITO.

Esta teoría estudia al delito, desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima, al existir una vinculación indisoluble entre ellos en razón de la unidad del delito.

Forte Petit señala que la concepción analítica estudia al delito a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, de manera que sin negar la unidad, estima indispensable su análisis, mediante su fraccionamiento. (7)

La teoría analítica del delito tiene como objeto de estudio; al delito mismo. Mediante el método analítico escinde al delito en sus elementos constitutivos, permitiendo determinar si una conducta humana constituye o no un delito.

(7) Forte Petit Candaudap Celestino. Ob. cit., p.p, 159 y 160.

Asumiendo esta teoría, una función que posibilita y propicia certeza y seguridad en la aplicación del derecho .

F. Mantovani precisa que: " sólo individualizando los elementos constitutivos del tipo legal, es posible establecer con seguridad, lo que efectivamente está prohibido por la ley, y si la conducta en examen se adecua al tipo y es punible. (8)

El mismo autor establece un triple orden de razones por las cuales, la doctrina actual rechaza al método unitario, - afiliándose a la doctrina analítica. (9)

1) Razones científico- sistemáticas: Es una ley del pensamiento humano que la síntesis sigue al análisis y porque sobre la intuición no puede fundarse una verdadera ciencia.

2) Razones didácticas : Porque la unidad del delito fundada sobre la intuición , en cuanto incommunicable, no es susceptible ni de enseñanza, ni de aprendizaje.

(8) Mantovani F., Diritto Penale, Padova 1979. p.129.

(9) Ibidem.

3) Razones prácticas: Porque es el análisis el presupuesto necesario, para poder establecer después, si el hecho concreto constituye delito o no. Es decir, el método analítico aplicado al estudio del delito nos facilita, la mejor comprensión del hecho delictivo.

La utilización de la teoría analítica del delito como instrumento, para comprender en toda su extensión el fenómeno delito, es importante por su utilidad y valor práctico, que consiste en estar dirigida a la fase aplicativa del derecho penal, coadyuvando a una aplicación mas cierta y segura del derecho penal y como consecuencia una decisión judicial más justa.

Esta teoría encuentra su origen en la doctrina alemana e italiana, inspirada por el pensamiento penal liberal, que buscaba responder a las exigencias de certeza y de seguridad jurídica, en la aplicación del derecho penal.

El maestro español Sainz Cantero (10) distingue ----

(10) Sainz Cantero. José A., Lecciones de derecho penal. Parte general. Ed. Bush Casa Editorial S.A. 3era. edición Barcelona 1990. p.p. 466 a 472.

tres etapas en la evolución de la teoría analítica del delito; la concepción clásica del delito, la neoclásica del delito y la finalista del delito.

A) Dentro de la concepción clásica, señala como sus principales exponentes a : Von Lisst y Heling, la cual se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX.

Para esta concepción la acción es el punto central del delito y se compone de un movimiento corporal (conducta), que produce una modificación del mundo externo (resultado), estando unidos por un nexo causal. La conducta debe ser la causa del resultado. Incorporan al concepto de acción; el hacer activo y la omisión.

Los clásicos distinguen en el delito, una parte objetiva y una parte subjetiva; Parte objetiva; 1.- La acción : 2.- La tipicidad y 3.- La antijuridicidad. Parte subjetiva; La culpabilidad.

La tipicidad se entiende como mera descripción externa de la acción, sin elementos de valor y subjetivos.

Conciben a la antijuridicidad como el juicio de valor que recae sobre la acción en su aspecto objetivo.

Para esta escuela, la culpabilidad se agota en el nexo causal, que une la voluntad del agente con el resultado.

B) La concepción Neoclásica, tiene como principal exponente a Edmundo Mezger, y surge como una reforma impuesta por las necesidades surgidas del propio sistema, transformando el concepto y la idea de cada uno de los elementos del delito.

En el concepto de acción se incluye al resultado, es decir; acción es la total realización típica exterior.

La tipicidad, se ve afectada como mera descripción - externa de la acción, por el descubrimiento de los elementos normativos y subjetivos del injusto. Reconociendo esta tendencia que la tipicidad de la conducta depende de ciertas valoraciones normativas o de determinados elementos subjetivos, además de los elementos objetivos.

Para los neoclásicos, la antijuridicidad se transforma; de su concepto formal, que la entiende como mera relación de contradicción, entre el hecho y la norma, al concepto material o sus-

tencial, que la concibe como una lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico. Esta, acepta la posibilidad de causas extralegales de exclusión del delito.

Se abandona la teoría psicológica de la culpabilidad y se acepta la normativa, como un juicio de reproche que se hace al autor, por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme lo que ordenaba el derecho; estableciendo como presupuestos; las formas de culpabilidad y la ausencia de causas de inculpabilidad.

C) La finalista; cuyo principal exponente es Welzel, se desarrolla a partir de 1930.

Para ésta escuela; acción es la conducta humana condecida por la voluntad, hacia un determinado fin. La finalidad perseguida y el contenido de la voluntad del sujeto, forman parte de la acción, se piensa que el dolo pertenece a la acción.

Se distingue en la tipicidad una parte objetiva y una parte subjetiva del tipo.

La antijuridicidad se concibe como un juicio de valor que expresa; que la acción es contraria a la norma, siéndolo cuando no concurre ninguna causa de justificación. Debe entenderse como la denegación de un hecho, referido a un determinado autor.

Los finalistas conciben a la culpabilidad, como el juicio de reproche que se formula al autor, por no haber adecuado su conducta a derecho, a pesar de estar en situación de hacerlo. La integran; la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad.

Como es de observarse en la doctrina no existe uniformidad de criterio, respecto a los elementos integradores del delito, - surgiendo así concepciones; bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, sextómicas y heptatómicas, según el número de elementos que se consideren para integrar al delito.

Asimismo cada uno de los elementos constitutivos del delito ha evolucionado y en la doctrina tampoco existe uniformidad de criterio respecto a cada uno de éstos elementos integradores del delito. Dependiendo en todo caso de la corriente a la cual se afilie.

Celestino Forte Petit precisa que la existencia del delito requiere de todos sus elementos y aunque ellos guardan entre sí un determinado orden lógico, no existe ninguna prioridad lógica, puesto que ningún elemento es fundante del siguiente, debiéndose hablar en todo caso de una prelación lógica. (11)

Con base a la teoría analítica y sin desconocer la unidad del delito, debemos establecer un concepto sustancial, considerando nuestro ordenamiento jurídico penal; estableciendo que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

Así como existen elementos constitutivos del delito, existe de igual forma, el aspecto negativo de cada uno de esos elementos, cuya existencia impide la integración del delito.

E L E M E N T O S	ASPECTOS NEGATIVOS
CONDUCTA O HECHO	AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO
TIPICIDAD	ATIPICIDAD
ANTI JURIDICIDAD	CAUSAS DE JUSTIFICACION
CULPABILIDAD	INCUPLABILIDAD
PUNIBILIDAD	EXCUSAS ABSOLUTORIAS

(11) Forte Petit Candaup. Celestino., Ob cit. p.198.

CAPITULO SEGUNDO

" EL PELIGRO DE CONTAGIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO "

I.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO.

A fin de comprender en su real magnitud el tipo penal motivo de esta tesis, analizaremos la evolución que ha sufrido desde su antecedente más remoto; el Código Penal de 1929, hasta nuestros días, realizando una retrospectiva histórica de los diferentes códigos que han tenido vigencia en nuestro país, refiriéndonos exclusivamente a los ordenamientos penales netamente mexicanos, surgidos del poder público independiente y soberano, sin pretender minimizar las influencias de legislaciones extranjeras en nuestros ordenamientos.

Así, como antecedentes tenemos:

A) El Código Penal de 1929.

B) El Código Penal de 1931, vigente hasta nuestros

días.

A) El Código Penal de 1929.

El antecedente más remoto del tipo penal del peligro

de contagio, lo encontramos en el Código Penal de 1929, toda vez que en el ordenamiento penal de 1871, conocido como Código de Martínez de Castro, no existía regulado el delito materia de estudio, no obstante que el título séptimo sancionó los llamados delitos contra la salud pública. (12)

Así, el día 30 de septiembre de 1929, el Presidente - Emilio Portes Gil, en uso de sus facultades constitucionales, sancionó el llamado Código de Almaras, el cual entró en vigor el 15 de diciembre del mismo año, teniendo una breve vigencia. Fue de observancia general en toda la República Mexicana en los casos de competencia de los tribunales penales federales, y en el Distrito Federal - fue aplicado en materia del fuero común.

Se conoció como Código de Almaras, debido a la intervención que tuvo como miembro de la comisión redactora el licenciado José Almaras, el cual orientó la técnica de este código dentro de la llamada Escuela Positiva.

(12) Ceniceros José Angel y Garrido Luis, La Ley Penal Mexicana ed. Ediciones Betas. 1934, p. 134.

La vigencia fué efímera, pues el día 27 de septiembre de 1931 entró en vigor el Código actual.

Este ordenamiento consideró este delito en su libro - tercero, título séptimo, dividiéndolo en dos especies, denominándolas:

a.- Del contagio sexual y

b.- Del contagio matricio.

El contagio sexual se encuentra regulado del artículo 526 al 531 del referido ordenamiento.

El artículo 526 establece; "Toda persona que transmite a otra sífilis ó una enfermedad venérea será responsable en los términos de los artículos siguientes;"

Los artículos 527 y 528 dividen en dos especies al denominado contagio sexual :

a'.-Contagio sexual conciente y

b'.-Contagio sexual inconciente.

El contagio sexual conciente es regulado por el artículo 527, el cual a la letra dice; "Al que sabiéndose enfermo de sífilis ó un mal venéreo contagia a otro, se le aplicará una sanción -

de segregación, según las circunstancias del caso de uno a seis años de prisión y multa de días a cuarenta días de utilidad, sin perjuicio de reparar totalmente el daño causado."

El contagio sexual inocente es regulado por el artículo 528, el cual establece: "Cuando el contaminador no sepa que está enfermo o por su ostensible rusticidad, ignore las consecuencias del contagio, o cuando por cualquier otro motivo se pruebe la falta de intención, se le condenará al pago de una multa de cinco a veinte días de utilidad y la reparación del daño causado."

Como puede observarse esta figura no corresponde a la figura actual del peligro de contagio, pues aún tutelando el mismo bien jurídico; la salud personal, el antecedente sanciona el daño y el segundo la puesta en peligro. (13)

Asimismo el artículo 530 establece un requisito de procedibilidad tratándose de cónyuges, de la misma forma que el ordenamiento penal actual, con una amplitud ciertamente curiosa; en virtud que también puede procederse a instancia de los parientes consanguíneos en primer grado del cónyuge contagiado. El cual a la

(13) Fávén Vasconcelos Francisco y otro, Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal, Ferrán 1992 p.p 12a20.

letra dice: "Cuando la persona contagiada fuere uno de los cónyuges, sólo podrá procederse a instancia del cónyuge contagiado ó a petición de sus parientes consanguíneos en primer grado."

El llamado contagio matricio se encuentra regulado en los artículos 532 al 536; estableciendo normas de carácter sanitario, más que de naturaleza propiamente penal, al resolver la forma de amamantar a los niños heredosifilíticos, a los sanos con madre sifilítica y a los que no estando contagiados nacieron de una madre contagiada. Estableciendo una serie de reglas de carácter preventivo.

Así el artículo 532 establece: "Si una nodriza o ama sospecha que se encuentra atacada de sífilis, tuberculosis, blenorragia, oftalmía purulenta, tracoma, chancro blando, granuloma venéreo, lepra ó tifo, no podrá amamantar al hijo de otra persona, a no ser que el niño de que se trate padezca la misma enfermedad."

El artículo 533 dice: "Los niños heredosifilíticos, no podrán ser amamantados por otra mujer que no sea la madre. Cuando ésta no pueda hacerlo serán criados por alimentación artificial ó amamantados por nodrizas ya sifilíticas, debiéndose someter a éstas y al niño

al tratamiento médico correspondiente. Cuando el niño padezca sífilis por contagio y la madre se encuentre sana, la alimentación será artificial o natural. En este último caso el niño será amamantado por nodriza sífilítica, debiendo sujetarse ambos al tratamiento indicado."

El artículo 534 dice que: "Si el niño estuviera sano y la madre enferma por contagio, la alimentación será artificial o por nodriza sana; pero la madre no podrá amamantar a su hijo."

B) El Código Penal de 1931.

Debido a la dificultad en la aplicación del Código de Alvaras, el Ejecutivo Federal integró una Comisión Técnica encargada de revisarlo y proponer las reformas pertinentes, así el 2 de junio de 1930 se integró la Comisión, cuya labor se cristalizó en el llamado Código de 1931, por haber entrado en vigor el día 17 de septiembre de ese año.

En su forma original, el Código de 1931 no tenía referencia alguna a este delito, no obstante que el título séptimo especificaba los llamados delitos contra la salud, realizando simple referencia a la producción, tenencia, tráfico, precalitismo, y otros

actos en materia de estupefacientes.

El día 14 de febrero de 1940 se publicó en el diario oficial, un decreto de fecha 26 de enero del mismo año, adicionando al título séptimo del libro segundo, con un capítulo segundo, en el cual se define y sanciona el delito del peligro de contagio en el artículo 199 bis.

En su forma original el referido artículo señalaba:

"El que, sabiendo que está enfermo de Sífilis o de un mal venéreo en período infectante y ponga en peligro de contagio, la salud de otro, por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que si se causa el contagio. Cuando se trata de cónyuges sólo podrá procederse por querrela del ofendido." (14)

Es evidente el escaso alcance del referido tipo penal, al ser específico en cuanto, al manejar única y exclusivamente el contagio de enfermedades venéreas y como medio de transmisión, solamente las relaciones sexuales.

(14) Faján Vasconcelos Francisco y otro, Ob Cit. p.169.

Siendo notorio que existen otras enfermedades infecto-contagiosas, igual ó más peligrosas que las de tipo venéreo y que su transmisión puede realizarse por diferentes medios de contagio, no sólo por la relación sexual. Este tipo penal en su forma original tutelaba limitadamente la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; la salud.

II.- EL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO EN EL DERECHO VIGENTE.

El 21 de enero de 1991 fué publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma al artículo en estudio, quedando hasta la fecha como sigue:

Artículo 199bis. "El que ha sabidas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa."

"Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión."

"Cuando se trate de cóyuges, concubinaros o concubinas, podrá sólo procederse por querrela del ofendido."

En los capítulos subsiguientes, realizaremos el análisis, críticas y comentarios referentes al tipo penal actual del peligro de contagio.

Por el momento únicamente se hace mención a los aspectos positivos de esta reforma; Se aumenta la tutela al bien jurídico protegido, al abarcar a las enfermedades venéreas así como a cualquier enfermedad grave de carácter infeccioso. Además comprende a cualquier medio de transmisión, no sólo a la relación sexual.

CAPITULO TERCERO.

"LA TEORIA ANALITICA APLICADA AL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO".

I.- EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DELITO. LA CONDUCTA O HECHO.

En la base de todo sistema de los elementos del delito, está la conducta o hecho. Francisco Favón Vasconcelos señala: -

"En un orden de prelación lógica, primero existe la conducta o el hecho y después la tipicidad; a continuación tiene lugar la calificación que se hace sobre la conducta ó hecho típicos, bien en el plano puramente objetivo o en un estrado de valoración subjetiva para por último, determinar la integración del delito mediante la suma de la punibilidad a los caracteres anteriores." (15)

En este tenor Celestino Porte Petit ha escrito: -

"Independientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea una mera conducta o un hecho, estos vienen a ser el primer elemento del delito, dentro de la prelación lógica con relación a los restantes

(15) Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit.p.176.

elementos del mismo, es decir, un hacer o no hacer, o bien, un resultado material," (16)

Aún cuando ha sido aceptado de modo casi general que el elemento objetivo del delito contiene conceptualmente el hacer y el no hacer , en cuanto al término genérico para designarlo, existe una diversidad de opiniones, empleándose; acción, acto, conducta, hecho penal, hecho, acontecimiento etc. De las anteriores denominaciones utilizaré los términos conducta o hecho, toda vez que la descripción típica puede ser un hacer o no hacer, que quedan englobados en el término conducta, ó en un hacer o no hacer que producen un mutamiento en el mundo exterior, dando lugar a un hecho.

A) LA ACCION Y LA OMISSION.

La conducta del hombre se traduce exteriormente en una actividad (acción) ó inactividad voluntaria (omisión). Así tenemos:

La acción consiste en una conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal volunta-

(16) Forte Petit Candauap. Ob.Cit.p. 288.

rio con violación de una norma prohibitiva.

La omisión es una conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma perceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (comisión por omisión).

Ruig Peña explica; "El delito es ante todo una acción, o sea la manifestación de nuestra voluntad que produce un cambio en el mundo exterior. No es preciso que la acción consista en un obrar positivo, puesto que también puede consistir en una omisión." (17)

Es importante establecer las diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión. Según Forte -

Petit;

1.- En la omisión simple se viola únicamente una norma perceptiva penal, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, se violan una norma perceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal.

2.- En los delitos de omisión simple sólo se dá un resultado jurídico, en los de comisión por omisión se produce un re-

(17) Ruig Peña Federico. Derecho Penal. Tomo I. p. 190.

sultado tanto jurídico como material.

3.- En la omisión simple, es la omisión la que integra el delito, mientras que en la omisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.

La conducta típica en el delito del peligro de contagio, queda precisada en la descripción típica del artículo 199 bis del Código Penal vigente, consistente en la relación sexual, así como en la actividad voluntaria o inactividad voluntaria mediante la cual, debido a la enfermedad venérea o grave de carácter infectante del agente, se coloca en peligro efectivo de contagio a la víctima a través de un medio de transmisión idóneo.

B) EL RESULTADO.

Se debe concebir al resultado, como la mutación en el mundo jurídico o material, como la consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo. Existe mutación jurídica cuando el resultado de la conducta, es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido.

El resultado viene a constituir el carácter externo de la acción. Siendo un efecto de la conducta, pero no todo efecto de ésta tiene tal carácter, sino sólo aquél o aquéllos relevantes para el derecho, por cuanto los recoge dentro del tipo penal. (17)

El resultado puede presentarse como riesgo e daño potencial y aún como peligro corrido. No obstante el daño entendido como aquella forma de resultado, que a consecuencia del acto desplegado por el agente activo del delito, trae consigo la pérdida del bien jurídico atacado o que encierra la posibilidad de causarla.

Generalmente se señalan como elementos del hecho a;

1.- La acción u omisión consciente del hombre, entendida como manifestación de voluntad.

2.- Un resultado que pueda presentarse como daño e -
peligro corrido.

3.- Un nexo causal que es el nexo conceptual que une

(17) Parte Petit Candandap. Celestino. Apuntes de la parte general de Derecho Penal. Tomo I, pag. 190.

a la conducta con el resultado producido.

En relación al resultado en el tipo penal en estudio debemos entenderlo como la consecuencia de la conducta, consistente en poner en peligro el bien jurídico tutelado; la salud personal, - sin requerir la figura legal de un resultado material.

Debiendo concluir, que el resultado debe identificarse con el daño resultante al ordenamiento legal, al poner en peligro de contagio la salud de otro, mediante la conducta del agente. Es decir el peligro constituye en este caso, el resultado de la actividad o inactividad voluntaria del agente.

A este estado de peligro la doctrina moderna lo contempla como un estado de hecho, es decir, en una modificación del mundo exterior, consistente en que la sola situación de peligro en que se coloca al bien jurídico tutelado, produce un resultado material. (18)

(18) Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 208.

C) EL NEXO CAUSAL

Lo debemos entender como la relación existente entre la conducta y el resultado, mediante el cual se hace posible la atribución material al ser la conducta causa del resultado.

Debe demostrarse que el resultado es consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo, siendo imprescindible que la mutación jurídica o material se halle en relación de causalidad con el actuar del agente.

Existirá relación de causalidad cuando no se pueda suponer suprimido el acto de voluntad sin que deje de producirse el resultado.

La noción relación de causalidad, está intrínsecamente relacionada al concepto de causa, debiendo entender para fines prácticos del derecho penal que causa es la totalidad de factores que determinan la producción de un resultado por un acto de voluntad.

Para Luis Jiménez de Asúa el resultado sólo puede -
ser incriminado, si existe un nexo causal o una relación de causa-
lidad entre el acto humano y el resultado producido. "Existe esa re-
lación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de volun-
tad, sin que deje de producirse el resultado concreto (conditio si-
ne qua non)." Este concepto se basa en la aceptación de la teoría -
de la equivalencia de las condiciones, en la afirmación del carácter
causal de la condición identificada con el acto humano, confirmando
el valor causal de todas las condiciones concurrentes en la produc-
ción del resultado." (19)

Diversas teorías han tratado de explicar cual es la -
causa del resultado, pero al no ser el objeto de éste trabajo, al-
diremos únicamente a la que consideramos más importante; la teoría
de la equivalencia de las condiciones.

Para ésta teoría por causa debe entenderse como la -
suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el

(19) Citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p.208.

resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí, por tener el mismo valor causal, cada una de ellas a su vez, debe considerarse como causa del resultado.

En el mismo tenor Forte Petit establece: "Esta teoría desde el punto de vista lógico se considera irrefutable, irrefutable, verdadera. Nadie puede negar que si se suprime una de las condiciones, el resultado no se produce, o sea que no se concibe el resultado, si no es por la concurrencia de todas las condiciones... El mérito de la teoría de la equivalencia de las condiciones consiste precisamente en establecer un nexo entre la conducta humana y el resultado, y en demostrar que el resultado no podrá producirse si no es por la concurrencia de todas las condiciones. (20)

Si bien es cierto, debe tenerse presente que por su configuración en ocasiones resulta exagerada y por eso deben tenerse en cuenta los criterios que la limitan.

En el delito del peligro de contagio no se requiere de un resultado material, y por lo tanto no se establece en nexo causal por tratarse de un delito de peligro y de mera conducta. Siendo el (20) Forte Petit Candauap Celestino. Ob. cit. p. 339.

elemento objetivo material la simple conducta del agente que se
biéndose portador de una enfermedad venérea o grave en período in-
fectante mediante el acto sexual o algún medio de transmisión idé-
neo realiza una actividad o inactividad voluntarias que ponen en -
peligro de contagio la salud de otro.

**D) CLASIFICACION DEL DELITO EN RELACION A LA COM-
DUCTA Y AL RESULTADO.**

Los estudiosos del derecho penal han clasificado a
los delitos con base en diversos criterios. Así tenemos en orden -
a la conducta, considerando la actividad o inactividad voluntarias,
las siguientes clases:

1.- Delitos de acción; son aquellos que se realizan
cuando la conducta se exterioriza a través de un movimiento corporal
o conjunto de movimientos corporales voluntarios.

2.- Delitos de omisión; en estos delitos la conducta
consiste en una inactividad, en un no hacer de carácter voluntario.-

En relación al delito en estudio, debemos considerar

que la conducta descrita en el tipo penal, puede exteriorizarse a -
través de un movimiento o movimientos corporales voluntarios o bien
mediante un no hacer de carácter consciente. Por lo tanto se trata -
de un delito tanto de acción como de omisión.

3.- Delitos de comisión por omisión; en estos delitos
la conducta consiste en una inactividad voluntaria con violación a
una norma perceptiva y una prohibitiva, produciéndose un resultado
tanto jurídico como material. Es evidente que el delito del peligro
de contagio no puede presentar esta modalidad. Toda vez que la con-
ducta descrita en el tipo penal, no requiere de un resultado de -
carácter material.

4.- Delitos mixtos; son aquellos en los cuales la -
conducta voluntaria del sujeto se integra tanto con una acción co-
mo con una omisión, tratándose en consecuencia de una conducta mix-
ta, manifestándose en una actividad así como una inactividad, ambas
cooperantes.

5.- Delitos unisubsistentes; son aquellos que se con-

suman en un sólo acto.

6.- Delitos plurisubsistentes; son aquellos en que la acción requiere para su agotamiento de varios actos.

Es evidente que el delito del peligro de contagio puede adoptar tanto el carácter de unisubsistente como plurisubsistente, toda vez que la conducta típica puede consumarse en un sólo acto, puede precisarse de una pluralidad de actos, mediante los cuales se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

7.- Delitos habituales; son aquellos cuyo elemento objetivo material está formado de acciones repetidas de la misma especie y que no constituyen por sí mismas delito alguno.

En orden al resultado tenemos las siguientes clases:

1.- Delitos instantáneos; son aquellos en los cuales la consumación y el agotamiento del delito se verifican instantáneamente.

2.- Delito instantáneo con efectos permanentes; es aquel que siendo instantáneo perduran sus efectos.

3.- Delito permanente; es aquél cuya consumación es más o menos prolongada, es decir su consumación puede prolongarse voluntariamente en el tiempo.

Referente al delito del peligro de contagio se debe concluir que es un delito instantáneo, ya que su consumación y agotamiento se verifican instantáneamente. Es decir, se consume al instante en que la conducta del agente pone en situación de peligro, la salud de la víctima.

4.- Delito formal; es aquél que se consume con la simple realización de la conducta.

5.- Delito material; es aquél que al consumarse produce un mutamiento en el mundo exterior.

Resulta evidente que el delito del peligro de contagio es un delito de naturaleza formal, en virtud que el tipo penal se integra con la mera conducta del agente, sin requerir de un resultado material la figura legal.

6.- Delito de daño; es aquél que se actualiza cuando

se lesiona el bien jurídico protegido.

7.- Delito de peligro; es aquél que se actualiza -
con simplemente poner en peligro el bien jurídico tutelado.

El tipo penal en estudio es un delito de peligro en
virtud que la conducta del activo coloca en situación de peligro la
salud personal del pasivo.

E) LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

El aspecto negativo del elemento objetivo material lo
constituye la ausencia de conducta. Si la conducta comprende tanto -
la acción como la omisión, la falta de aquélla abarca la ausencia -
de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la -
actividad o inactividad no voluntarias.

La acción u omisión trascendente para el derecho -
penal es aquella que se exterioriza en forma voluntaria por el su-
jeto activo.

Si tanto la acción como la omisión son las formas -
de conducta, es importante establecer que no toda actividad o inac-

tividad integran una conducta humana trascendente para el Derecho, salvo cuando las mismas fueren voluntarias. Es decir, la voluntad constituye el elemento psíquico indispensable para integrar una acción o una omisión y por lo tanto, el movimiento corporal sin voluntad así como la inactividad involuntaria, no conforman una conducta.

En el mismo sentido se expresa Fariá Vasconcelos; "

Hay ausencia de conducta o imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias; o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos, por faltar en ellos la voluntad."

(21)

Nuestro Código Penal vigente establece en el artículo 15 fracción primera a la ausencia de conducta como causa de exclusión del delito, al señalar; "El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin la voluntad del agente;"

Existe ausencia de conducta cuando la acción u omisión, se realicen sin la voluntad del sujeto activo, reconociendo -

(21) Fariá Vasconcelos Francisco. Ob. cit.p.246.

como casos de ausencia de conducta;

1.- La **vis absoluta** o fuerza física irresistible; se da cuando el agente se ve obligado a ejecutar un hecho, tipificado en la Ley como delito, sin querer el resultado producido, en virtud de la violencia física superior e irresistible, proveniente del hecho y ejercida sobre su organismo.

2.- La **vis mayor** o fuerza mayor; se presenta cuando se realiza una actividad o inactividad involuntarias, por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él de carácter irresistible y originada en la naturaleza. No humana.

3.- El sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y los otros reflejos, deben considerarse como casos de ausencia de conducta, toda vez que sólo cuando se hallan ejercitados por el agente hechos tipificados en la Ley como delitos, al faltar el elemento psíquico; voluntad, no puede integrarse la conducta y por lo tanto habrá inexistencia del hecho y por consiguiente del delito.

En cuanto a la ausencia de conducta en el delito -

del peligro de contagio, es indudable que los casos de ausencia de conducta como la fuerza física irresistible, la fuerza mayor, el sueño, el hipnotismo, el sonambulismo y los actos reflejos, pueden determinar al agente a realizar una actividad o inactividad involuntaria, mediante la cual se ponga en peligro de contagio la salud del pasivo, trayendo consigo que al faltar el elemento psíquico, no se integra la conducta y por lo tanto, el delito referido.

II.- LA TIFICIDAD.

A fin de precisar el concepto y contenido de éste segundo elemento del delito es necesario establecer previamente el análisis del tipo.

A) EL TIPO.

El concepto de tipo rebasa el ámbito del derecho penal y se consagra en nuestra Constitución Política como una garantía de seguridad jurídica, en su artículo 14 párrafo tercero, el cual establece:

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

Garantizando la no aplicación de pena alguna a toda conducta que no haya sido regulada previamente por la ley. Plasmado nuestra Constitución el principio "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege" (Principio de exacta aplicación de la ley.)

En éste sentido Jiménez Muerza define al tipo como:
"La descripción de la conducta que a virtud del acto legislativo queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre, que se declara punible."(22)

Debemos precisar que tipo legal es la descripción contenida en los ordenamientos jurídicos penales, que delimitan los comportamientos que el estado considera como conductas delictivas

(22) Jiménez Muerza Mariano. La Tipicidad, ed. Porrúa. México 1955. p.22.

en un lugar y tiempo determinado.

Para Jiménez de Asúa el tipo legal es "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles - innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la - ley como delito." (23)

Mientras que el tipo es la descripción abstracta del alcance y contenido de la conducta declarada punible por el legislador, la tipicidad surge cuando el sujeto activo conforma su conducta a lo descrito por el legislador como un delito.

En este sentido Fernando Castellanos Tena establece: -

"El tipo es la creación legislativa; es la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. (24)

(23) Citado por Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 259.

(24) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. ed. Porrúa México 10ma edición. 1976. p. 165.

Respecto al tipo penal del delito en estudio, éste quedó plasmado en nuestro ordenamiento penal vigente, por decreto del 26 de enero de 1940, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de febrero del mismo año, mediante el cual se adicionó el título séptimo "de los delitos contra la salud", con un segundo capítulo, estableciendo en el artículo 199 bis, la descripción abstracta de la conducta que el legislador declaró punible, y que se denomina; el delito del peligro de contagio.

B) ELEMENTOS DEL TIPO.

Los tipos penales en su descripción típica, pueden requerir para su integración de diferentes elementos constitutivos, los cuales pueden ser de naturaleza objetiva, subjetiva y normativa.

Así, tenemos como elementos del tipo;

1.- Presupuestos de la conducta o hecho; son aquellos elementos jurídicos o materiales anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la

norma constituye un delito. Es decir, son aquellos elementos de carácter jurídico o material, cuya preexistencia es necesaria para actualizar la conducta o hecho, como constitutiva de algún delito.

Dentro del tipo penal en estudio se exige para su integración, un presupuesto de la conducta de carácter material; consistente en el estado anormal de salud del sujeto activo, por una enfermedad venérea o grave en período infectante, preexistente a la realización de la conducta.

2.- Elemento objetivo material; en todo tipo penal encontramos como elemento central a la conducta o hecho, siendo el elemento rector de toda figura delictiva.

Así, Forte Petit señala: "Forma parte del tipo, el elemento material, que está constituido por la conducta o hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material. (25)

(25) Forte Petit Candauap. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México 1991. 1ª ed. p. 341.

Dentro del delito en estudio, el elemento objetivo material consiste en la conducta del activo, mediante la cual se pone en peligro de contagio la salud del pasivo.

3.- Referencias al objeto material; en ocasiones el tipo penal precisa cierta referencia sobre el objeto corporal, sobre el cual recae la conducta. Al exigir el tipo penal, que la conducta al exteriorizarse, deba recaer única y exclusivamente sobre el objeto material señalado, a fin de calificar dicha conducta como típica.

Tratándose del delito en estudio, debemos concluir, que la descripción legal no realiza ninguna referencia sobre el objeto corporal, sobre el cual recae la conducta, siendo en éste caso coincidentalmente; el sujeto pasivo.

4.- El sujeto activo ; Algunas veces el tipo penal

establece determinada calidad en el sujeto activo, con lo cual se limita el alcance del tipo, al excluir la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto.

Así, el tipo penal en estudio limita la ejecución de la conducta, únicamente a los sujetos que tienen alterada su salud, debido a una enfermedad venérea o grave en período infectante, y que poseen un conocimiento previo de la enfermedad venérea o grave de carácter infectante que padecen.

5.- El sujeto pasivo: En algunos tipos penales se exige determinada calidad en el sujeto pasivo, concisamente la atipicidad de algunas conductas, cuando éstas recaen sobre un sujeto que no reúne las calidades exigidas por el tipo penal.

En el delito en estudio, la descripción típica no precisa ninguna referencia en relación a determinada calidad que deba reunir el sujeto pasivo, debiendo concluir que el delito del peligro de contagio es impersonal, porque el sujeto pasivo puede ser cualquier persona.

6.- El bien jurídico tutelado. Constituye la verdadera esencia del delito, pues éste sustancialmente consiste en una ofensa al bien que la misma norma protege. Puede tratarse de un objeto del mundo exterior o bien una cualidad del sujeto.

Son los intereses y bienes humanos que gozan de la protección del estado, los cuales son lesionados o puestos en peligro, cuando la conducta se tipifica.

El bien jurídico protegido del tipo penal en estudio, es sin duda alguna; la salud personal, la cual se coloca en situación de peligro, al actualizarse la hipótesis abstracta del tipo penal.

7.- Medios exigidos por el tipo. Existen tipos penales que establecen una exigencia en cuanto a los medios. Requieren de la concurrencia de los medios exigidos por el tipo, para que pueda darse la tipicidad.

En ciertos casos la exigencia del tipo penal a la -

realización mediante determinado medio, lo hace esencial para integrar la conducta o para establecer alguna agravación de la pena.

Los medios limitan el alcance del tipo, en el sentido que restringen el número de conductas que pueden consumar el delito

El tipo en estudio exige para la integración de la conducta, que ésta se realice mediante determinados medios, siendo de estos:

- a) la relación sexual u
- b) otro medio transmisible.

Es evidente que aún cuando la descripción típica pretende por un lado limitar los medios, al indicar en específico la relación sexual, en forma inmediata posterior establece, una hipótesis genérica (medio transmisible) que abarca la primera, toda vez que la relación sexual no deja de ser un medio de transmisión. Lo que hace evidente el defecto técnico en la descripción de los medios, por lo innecesario de la descripción específica del

medio relación sexual, el cual es abarcado en su totalidad por el genérico.

8.- Referencias temporales. Los tipos penales en ocasiones establecen determinadas referencias en orden al tiempo, fuera de las cuales, si la ejecución se realiza fuera del mismo no se adecuará la conducta al tipo.

El delito en estudio, en su descripción típica no presenta ninguna referencia temporal.

9.- Referencias espaciales. Algunos tipos penales fijan determinados lugares como exclusivos para la ejecución del acto, es decir, establecen un ámbito espacial como necesario para que exista la tipicidad, fuera del cual no se adecuará la conducta al tipo.

La descripción típica del delito en estudio no presenta referencia alguna, relativa a un ámbito espacial en particular que limite la realización de la conducta a determinado lugar.

10.- Elementos normativos. Estos elementos forman parte de la descripción típica, y sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación por el aplicador de la ley. Esta valoración puede ser jurídica o bien cultural.

La descripción típica del delito del peligro de contagio no contiene elementos de naturaleza normativa, que deban ser determinados mediante una valoración jurídica o cultural, por parte del aplicador de la ley.

11.- Elementos subjetivos. En ocasiones algunos delitos en su descripción típica establecen determinadas características subjetivas, referidas al motivo y al fin de la conducta descrita, y se les denomina elementos subjetivos del injusto.

El delito en estudio, en su descripción típica, cuenta entre sus elementos constitutivos, con uno de naturaleza subjetiva; el conocimiento sobre la enfermedad venérea o grave en período infectante, por parte del sujeto activo que la padece.

C) CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

La doctrina penal ha tratado de sistematizar a los diversos tipos penales, mediante la clasificación de los delitos - en orden al tipo.

Así pues, la primer clasificación de los tipos penales es aquella que los distingue en:

1.- Tipos básicos o fundamentales. Son aquellos que constituyen por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos penales.

2.- Tipos especiales. Se forman agregando requisitos o circunstancias al tipo fundamental, excluyendo a éste último, y adquiriendo el nuevo tipo vida propia e independiente, sin subordinación al tipo básico.

3.- Tipos complementados. Se integran agregando nuevos elementos al tipo básico, quedando subordinado a éste, careciendo de vida propia y funcionando siempre relacionado al tipo fundamental que le dió origen.

Por sus elementos constitutivos debemos concluir,
que el delito en estudio es un tipo básico o fundamental.

En base a la clase de elementos que integran el -
tipo penal, se clasifican en:

1.- Tipos normales. Son aquellos que se integran -
únicamente mediante elementos de naturaleza objetiva.

2.- Tipos anormales. Se integran mediante elementos
de diversa naturaleza, incorporando a los elementos objetivos, e-
lementos de naturaleza normativa y/o subjetiva, cuya integración
se realiza a través de un juicio valorativo por el aplicador de -
la ley.

El delito en estudio es un tipo anormal, toda vez -
que sus elementos constitutivos no son únicamente de naturaleza
objetiva, incorporando la descripción típica un elemento subjeti-
vo, el conocimiento por parte del activo, de la enfermedad venérea
o grave que padece, previo a la realización de la conducta.

En función a su autonomía o independencia, los tipos

penales pueden ser:

1.- Autónomos. Son aquellos que tienen vida propia, sin depender de otro tipo penal.

2.- Subordinados. Son aquellos que tienen subordinada su existencia a otro tipo penal básico. Es decir, adquieren vida en razón al tipo fundamental, al cual complementan y se subordinan.

El delito del peligro de contagio es un tipo autónomo e independiente, pues su existencia jurídica, no depende de otro tipo penal, del cual dependa o se subordine.

En relación al alcance y sentido de la tutela penal se clasifican en:

1.- Tipos de daño. Son aquellos que tutelan al bien jurídico frente al daño, el cual pueda consistir en su destrucción o disminución.

2.- Tipos de peligro. Son aquellos que protegen al bien jurídico del peligro que pueda amenazarle, subdividiéndose a

su vez en tipos de peligro presunto y efectivo.

Son de peligro presunto, aquéllos en que la situación de peligro al bien jurídico se tiene por acreditada por el simple hecho del incumplimiento.

Son de peligro efectivo, aquellos en los cuales el peligro debe presentarse.

El delito en estudio es un tipo de peligro efectivo, pues tutela al bien jurídico, la salud, de la situación real de peligro efectivo, que pueda amenazarla.

En relación a su formulación se dividen en:

1.-Tipos de formulación libre. Estos tipos describen en forma genérica la conducta o el hecho, de tal forma que por su formulación amplia, comprenden cualquier forma de ejecutar el ilícito.

2.-Tipos casuísticamente formados. Son aquéllos que describen diversas formas de ejecutar el delito, acumulando detalles innecesarios en la definición de la conducta o hecho delictivo.

El delito del peligro de contagio es un tipo casuísticamente formado, ya que describe innecesariamente las formas de ejecutar el delito. Esto es, la relación sexual, o bien cualquier otro medio de transmisión, acumulando ociosamente la descripción de los medios; en principio manejando un medio específico, la relación sexual, y posteriormente acumulando un genérico, que abarca en su totalidad al primero. Es un tipo de formulación alternativa, ya que establece diversas modalidades de realización.

D) LA ATÍPICIDAD.

Se habla de atipicidad cuando no existe adecuación de la conducta al tipo, a falta de integrar alguno o algunos de los elementos del tipo.

En relación al delito en estudio, podemos establecer como causas de atipicidad:

1.- Ausencia del presupuesto material del delito.-

Consistente en el estado anormal de salud del sujeto activo, pre-

existente a la realización de la conducta, precedido por una enfermedad venérea o grave infecto-contagiosa.

2.- Ausencia de calidad del sujeto activo requerida en el tipo y consistente en que el activo debe tener alterada su salud, por una enfermedad venérea u otra de carácter grave y en período infectante, así como el conocimiento previo de que se padece.

3.- Ausencia de adopción típica por falta del medio previsto, consistente en la relación sexual u otro medio transmisible. Es decir, si la conducta del activo se exterioriza a través de un medio no idóneo para la transmisión de la enfermedad en particular.

4.- Ausencia del bien jurídico tutelado. Cuando el sujeto pasivo no se encuentra sano, en relación a la enfermedad venérea o grave infecto-contagiosa que porta el sujeto activo.

5.- Ausencia del objeto material. El objeto material en éste tipo es el sujeto pasivo.

6.- Ausencia del elemento de naturaleza subjetiva, oca

sistente en que el activo no conozca previamente, a la realización de la conducta, que está enfermo de un mal venéreo o una enfermedad grave en período infectante.

III.- LA ANTIJURIDICIDAD.

Siguiendo un orden de prelación lógica, debemos establecer que, para considerar una conducta típica como delito, debe de ir en contra del derecho, es decir, debe ser antijurídica. Esto es, que implique contradicción al derecho.

La antijuridicidad es una característica de aquellas conductas típicas que implican una contradicción al orden jurídico; oponiéndose a la norma jurídica y lesionando o poniendo en peligro en forma concreta los intereses de la sociedad, es decir, los bienes jurídicos tutelados.

El concepto de antijuridicidad ha evolucionado, inclusive se le ha negado su carácter de elemento del delito, al sostener que es la esencia del mismo; su naturaleza intrínseca; el delito en sí.

Carlos Binding propone que no se debe hablar de anti-
tjuridicidad como algo contrario a la ley, si no todo lo contrario,
ya que la conducta que puede considerarse como delito, es aquella -
que se ajusta a lo previsto por la ley penal. Debiendo considerarla
como lo contrario a la norma, que está por encima y detrás de la ley.

(26)

En el mismo sentido Mancilla Ovando señala que la -
antijuridicidad es el efecto y consecuencia de la ley. Precisando -
que "toda conducta que se realice en la forma en que la ley catalo-
ga la figura delictiva, es antijurídica por contravenir una norma -
de derecho. (27)

Mayer precisa que la antijuridicidad no es la viola-
ción a todo tipo de norma, si no únicamente a la norma de cultura -
que el estado reconoce. Entendiendo como norma de cultura; aquella
orden o prohibición por la que una sociedad exige el comportamiento
que corresponde a su interés, precisando que es antijurídica aquella
conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el es-

(26) Citado por Jiménez de Asúa Luis. La ley y el delito. Princi-
pios de Derecho Penal. Edit. Sudamericana. Buenos Aires 1967
p.269.

tado. (28)

En éste sentido Favón Vasconcelos concibe a la anti-
juridicidad como "un juicio valorativo de naturaleza objetiva que -
recae sobre la conducta o hecho típico en contraste con el derecho,
por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el esta-
do." (29)

Para Carranod y Trujillo la anti-juridicidad "es la
oposición a las normas de cultura, reconocidas por el estado." (30)

Se concibe a la anti-juridicidad como un juicio de -
valoración sobre la conducta, en virtud del cual se dice de ésta -
que es contraria a derecho. Admitiendo que el injusto está consti-
tuido por un aspecto formal; el disvalor de la conducta que se a-
decía a la descripción típica y es contraria a la norma, y por un
aspecto material; el disvalor del resultado; que lesiona o pone en
peligro al bien jurídico tutelado por la ley penal.

(27) Mancilla Ovando Jorge A. Teoría legalista del delito. Porrúa
S.A. México 1969, p.49.

(28) Ibidem, p.275.

(29) Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit.p. 297.

(30) Carranod y Trujillo Radl. Derecho Penal Mexicano. Parte Gene-
ral. Edit. Porrúa S.A. México 1977. p. 217.

Por su incidencia y aplicación práctica, nos adherimos a la definición del profesor Forte Petit, el cual establece: "existe antijuridicidad cuando habiendo tipicidad, no está el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud." (31)

Concluyendo, una conducta será antijurídica, cuando siendo típica, no está amparada por una causa de licitud.

A) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DEL PELIGRO DE CONTAGIO.

Se considerará antijurídica la conducta del sujeto activo del delito del peligro de contagio, cuando ésta se adecue a la descripción típica del artículo 199 bis, y por lo tanto se valore objetivamente como contraria a la norma de cultura reconocida por el estado; la cual tutela el interés de la sociedad por la salud de la especie humana. Además que mediante la acción u omisión del agente se pone en situación real de peligro concreto, el bien -

(31) Forte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Ed. Porrúa S.A. ed. 14ava. México 1991. p. 248.

Jurídico salud personal.

Siempre y cuando el sujeto activo del delito al exteriorizar su conducta típica, no esté amparado o protegido por una causa de justificación. Es decir, no basta el disvalor en la conducta por adecuarse a la descripción típica, para determinar si la conducta es antijurídica.

Precisando: Será antijurídica la conducta del agente del delito del peligro de contagio, cuando siendo típica no opere a su favor una causa de justificación.

B) CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Existen comportamientos que lesionan o ponen en peligro un valor jurídicamente tutelado por el estado, los cuales no obstante de adecuarse a alguna descripción típica, son justificados por el mismo orden jurídico, siempre y cuando reúnan los requisitos que la misma ley establece.

Para Jiménez de Asúa: "Son causas de justificación

las que envuelven la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquéllos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta sin embargo el carácter de antijurídicos, de contrariar el derecho, que es el elemento más importante del crimen." (32)

Celestino Forte Petit precisa: "es causa de justificación aquella que conforma a derecho una conducta o hecho que de otro modo serían antijurídicos." (33)

Las causas de justificación se fundan en normas de justificación, que deben encontrarse explícitas en la ley. Estas normas para justificar la inconformidad del comportamiento del sujeto, excusa su conducta, debiendo cubrir los requisitos de validez que la misma norma establece, en cada una de las normas justificativas para poder acogerse a los beneficios.

A las causas de justificación erróneamente se les ha denominado causas de licitud, atendiendo al hecho que la conducta es lícita desde que nace y por ser lícita no requiere de ningun-

na justificación. Entendiendo a la licitud como todo aquello que - no está prohibido por el derecho, no es entendible que se pretenda llamar lícita a una conducta que el orden legal prohíbe y sanciona. Por lo tanto utilizaremos la denominación que consideramos correcta; "causas de justificación", toda vez que la conducta siendo típica, posee un innegable carácter de ilicitud, y si no se considera como delito, es porque no reúne el elemento antijuridicidad, al operar a favor del sujeto activo una contranorma que justifica los tintes de antijuridicidad de su conducta típica.

De acuerdo con el Doctor Celestino Forte Petit, las causas de justificación se dividen en comunes y personales; las comunes "son aquellas que puede hacer valer cualquier persona"; por ejemplo la legítima defensa; las personales son aquellas que benefician al sujeto que reúne determinadas características, por ejemplo el ejercicio de un derecho; el cual sólo puede ser invocado por el titular del derecho que se ejercita. (34)

- (32) Citado por Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. p. 179
(33) Forte Petit Candauap Celestino. Ob. cit. p. 290.
(34) Ibidem.

Este ordenamiento penal en su libro primero; título primero; capítulo cuarto; titulado "Causas de exclusión del delito"; se establecen situaciones y requisitos en los cuales una conducta típica es justificada, impidiendo se integre el tercer elemento en el orden de prelación lógica; la antijuridicidad.

El referido artículo, a manera de catálogo se citan como causas de exclusión del delito, las siguientes normas justificativas:

1.- La legítima defensa: Fajón Vasconcelos la define como "la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho." (35) Forte Petit precisa "Se puede definir esta causa de justificación como el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual e inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente." (36)

(35) Fajón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 309.

(36) Forte Petit Candauap Celestino. Ob. cit. p. 501.

Esta causa de justificación se encuentra regulada en la fracción IV, estableciendo como requisitos:

a) Una agresión real, actual o inminente, injusta y sin que medie provocación dolosa suficiente por parte del agredido.

b) Debe originar un peligro inminente de daño a bienes jurídicos propios o ajenos.

c) Una defensa necesaria y racional en el medio empleado, en relación al ataque y a la calidad del bien defendido, es decir debe ser proporcional.

Asimismo la referida fracción establece como prerrogativas de legítima defensa:

a) Al que cause daño a quien trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente o al de otra persona que tenga obligación de defender.

b) Al que cause daño a quien trate de penetrar al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos, respecto de los

cuales existe la obligación de defender.

e) Al que cause daño a quien se encuentre dentro -
de aquellos lugares en circunstancias que revelen la probabilidad -
de una agresión.

Es evidente la posibilidad que como resultado de u-
na agresión real, injusta y actual o inminente en contra de bienes
propios o ajenos, y sin existir provocación suficiente, una perso-
na sabedora de ser portadora de una enfermedad grave infecto-conta-
giosa, al defenderse ponga en peligro de contagio la salud del a-
gresor, por lo cual no obstante de ser su conducta típica, al estar
encausada por la contranorma, se impide la integración del elemen-
to antijuridicidad.

2.- El estado de necesidad; Favén Vasconcelos lo -
define como "una situación de peligro cierto y grave; para el ame-
nazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como ú-
nico medio para salvaguardar el propio." (37) Para Cuello Galón,
el estado de necesidad "es una situación de peligro actual o inme-

(37) Favén Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 321.

disto para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona." (38)

Encuentra su fundamentación en el principio de interés preponderante, en virtud de la imposibilidad de la coexistencia de dos intereses, ante lo cual el estado a través del orden jurídico opta por la salvación de aquél de mayor valor.

La fracción V del referido artículo 15 del Código Penal en vigor establece como elementos del estado de necesidad;

a) La existencia de un peligro real, grave e inminente, que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

b) Que éste peligro recaiga en bienes jurídicos - propios o ajenos.

c) Que no haya sido ocasionado dolosamente por el agente.

d) Que se lesione otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado.

(38) Cuello Galón Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Tomo I
9na edición. p. 347.

e) Que el peligro no sea evitable por otros medios.

Es indudable que una conducta adecuada a la descripción típica del artículo 199 bis, puede ser justificada al actuar el agente por la necesidad de salvaguardar un bien propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente, e inevitable por otros medios. Por lo tanto es evidente que si es posible justificar una conducta adecuada típicamente al 199 bis, - al adecuarse a la fracción V del artículo 15 del referido ordenamiento, es decir, al actuar el agente por un estado de necesidad.

3.- El cumplimiento de un deber jurídico. Existen conductas o hechos tipificados en la ley como delitos, que si se realizan por el cumplimiento de un deber ordenado por la ley o bien de una orden prescrita por la autoridad, adquieren el carácter de - lictitud, empujando la integración del delito al no acreditarse la antijuridicidad.

El cumplimiento de un deber únicamente puede ser invocado como justificante, por la persona a quien le sea impuesto en forma personal o general el deber, a través de un ordenamiento legal

e per una orden de autoridad en ejercicio de sus funciones.

En la fracción VI del artículo 15 del Código Penal en vigor, se establecen como requisitos;

a) Que la conducta se realice en cumplimiento de un deber jurídico. El deber jurídico puede derivar:

* De una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley. (39)

* * De una orden de la autoridad en ejercicio de sus funciones legalmente reconocidas.

b) Que exista la necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber.

c) Que no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

Es indudable que puede existir una conducta típica - al delito del peligro de contagio, justificada por el actuar del agente en cumplimiento de un deber, excluyendo la integración del delito.

lito.

(39) Favén Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p.334.

4.- El ejercicio de un derecho. Jiménez Murta afirma: "Que quien actúa en ejercicio de un derecho, en la forma en que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando - su cumplimiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege." (40)

Favón Vasconcelos precisa: " El ejercicio de un derecho como causa de justificación se origina en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado, o de una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente." Y a través del referido reconocimiento, o bien de la autorización otorgada legalmente, se excluye la antijuridicidad de la conducta o del hecho. (41)

El ejercicio de un derecho como causa de justificación, se entiende como la lesión o puesta en situación de peligro de un bien jurídicamente tutelado, cuando al actuar se ejercita un derecho consignado expresamente en la ley.

Es una causa de justificación de carácter personal.

(40) Jiménez Murta Mariano. La antijuridicidad. Ed. Porrúa S.A. México 1972. P. 209.

(41) Favón Vasconcelos Francisco, Ob. cit. p. 336.

ya que exclusivamente puede obrar en el ejercicio de un derecho, -
la persona titular de ese derecho.

El artículo 15 en su fracción VI del Código Penal -
en vigor, consigna al ejercicio de un derecho como causa de justi-
ficación, estableciendo como requisitos:

a) La existencia de una acción u omisión que lesio-
nen o pongan en peligro algún bien jurídico tutelado.

b) Que dicha conducta se realice en ejercicio de -
un derecho. Por el titular de ese derecho o de quien puede legal-
mente ejercerlo.

c) Que el medio empleado para el ejercicio de ese
derecho sea necesario y racional.

d) Que no se realice con el sólo propósito de per-
judicar a otro.

El ejercicio de un derecho es en sí mismo el susten-
te de todas las causas de justificación; éste es, al que ejercita
la legítima defensa le asiste el derecho a la defensa, al que ejer-
cita su conducta en un estado de necesidad; encuentra su fundamen-
to en el ejercicio del derecho de conservación.

IV.- LA CULPABILIDAD.

En el orden de prelación lógica pasamos al análisis del cuarto elemento del delito; la culpabilidad.

Una conducta típica y antijurídica sólo puede llegar a constituirse como delito, cuando sea posible formular un segundo juicio de disvalor, ahora sobre la conducta o hecho extendido a su autor. Este juicio de disvalor constituye la culpabilidad, y mediante él se reprocha al autor su comportamiento contrario a derecho, - al haber podido comportarse de acuerdo con lo que dispone la ley.

(42)

En sentido amplio Edmundo Mezger la define "como - el conjunto de presupuestos que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica." (43)

En sentido estricto Weisell nos dice; "culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de disvalor que convierte - al acto de voluntad en un acto culpable." (44)

(42) Sainz Cantero José A. Ob. cit. p. 617.

(43) Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Traducción de Rodríguez Muñoz J. 3era edición. Madrid. 1957, T II. P. 9.

(44) Citado por Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. 234.

El profesor español Sains Cantero precisa los presupuestos sobre los que debe apoyarse el juicio de reprochabilidad que la culpabilidad supone;

1.- La imputabilidad.

2.- Las formas de culpabilidad y

3.- La exigibilidad de una conducta adecuada a derecho y por lo tanto distinta a la realizada. (45)

A) LA IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

Para Castellanos Tena "la imputabilidad funciona como un presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer, en el campo del Derecho Penal." (46)

La imputabilidad es una calidad del sujeto referida a su desarrollo y salud mentales.

Para declarar a un sujeto culpable se precisa que antes sea imputable. Toda vez que se requiere que el sujeto tenga la capacidad de querer y entender, para estar en aptitud de compren-

(45) Sains Cantero José A. Ob. cit. P.p. 617 y 618.

(46) Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. 233.

der la ilicitud de su conducta y aún así realizarla.

Carrasco y Trujillo nos precisa: "Será imputable todo aquel que padece, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para absorber una conducta que responda a la exigencia de la vida en sociedad humana." (47)

Consideramos entonces a la imputabilidad como el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales del autor, en el momento del acto típico penal, que le capacitan para responder del mismo.

Hay casos en que el sujeto se coloca antes de actuar en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad, es decir, ajusta su conducta al colocarse en una causa de inimputabilidad, a fin de evadir su responsabilidad penal, dando lugar a las acciones libres en su causa, en las cuales no obstante su presente estado -

(47) Carrasco y Trujillo Raúl. Ob. cit. 237 p.

de inimputabilidad al momento de cometer el acto, la ley lo considera penalmente responsable, toda vez que al momento de provocarse dicho estado, era imputable.

Al igual que en toda figura típica, en el delito del peligro de contagio, no basta que la conducta se adecúe al tipo penal referido y se le valore como antijurídica, siendo necesario que el agente al momento de exteriorizar su conducta, reúna las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental que lo capaciten para responder de su actuación.

Asimismo resulta evidente la posibilidad que el agente a sabiendas de la enfermedad grave de carácter infecto-contagioso que padece, antes de exteriorizar su conducta se sitúe voluntariamente en una causa de inimputabilidad reconocida por la ley, pero no obstante, al haberlo provocado dolosa o culposamente, se le considerará plenamente responsable.

El aspecto negativo de éste presupuesto de la culpabilidad lo constituye la inimputabilidad.

Favón Vasconcelos define a la inimputabilidad como

"la incapacidad para conocer la ilicitud del hecho, o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión." (48)

Un sujeto se considerará inimputable no obstante de haber realizado una conducta típica y antijurídica, si al momento de realizarla influye en su capacidad y desarrollo mental; una causa de inimputabilidad consagrada en la ley. Es decir, el sujeto es inimputable cuando carece del desarrollo y salud mental para comprender el carácter ilícito de sus actos y conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Carrancó y Trujillo define a las causas de inimputabilidad como "aquéllas en que faltan en el sujeto las condiciones de capacidad mental necesarias para que la acción pueda serle atribuida; penalmente el sujeto no existe como sujeto de imputación penal." (49)

Así consideraremos como causas de inimputabilidad a aquellas situaciones biológicas, psicológicas y psiquiátricas que pue-

(48) Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 367.

(49) Carrancó Trujillo Raúl. Las causas que excluyen la incriminación. México, 1944. p. 80.

den amolar en el sujeto la salud y desarrollo mentales, anulando la capacidad intelectual y volitiva, por lo cual su acción no puede serle atribuida.

Nuestro Código Penal determina dentro de su artículo 15 fracción VII las causas legales de inimputabilidad, que anulan en el sujeto la salud y desarrollo mental, impidiéndole la capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta o bien para conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Así, la referida fracción establece:

El delito se excluye cuando:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental e desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa e culpablemente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Del análisis del texto anterior, se desprende que -
la estructura de la hipótesis legal de inimputabilidad contempla
factores biológicos, psicológicos y psiquiátricos, abarcando la ge-
neralidad de situaciones productoras de la incapacidad mental y vo-
luntativa en el sujeto.

B) FORMAS DE CULPABILIDAD. EL DOLO Y LA CULPA.

Nuestro orden jurídico acepta como formas de culpa-
bilidad al dolo y la culpa, ya sea porque el sujeto activo dirige
su voluntad consciente a la ejecución del hecho típico, o cause el
mismo resultado por su negligencia o imprudencia.

El artículo 6 de nuestro Código Penal a la letra -
establece:

Las acciones u omisiones delictivas solamente pue-
den realizarse dolosa o culposamente.

Algunos autores reconocen una tercera forma de cul-
pabilidad; la preterintención, la cual es una mezcla de dolo con -

culpa, originándose cuando se produce por imprudencia un resultado típico mayor al querido o aceptado.

El artículo 9 párrafo primero del Código Penal en vigor, señala:

Quiera dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Para Cuervo Calán, "el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso." (50)

Fernando Castellanos Iona precisa; "el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico." (51)

Debemos establecer que en la formación del dolo concurren dos elementos esenciales; un elemento ético, constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y un elemento psicológico que consiste en la voluntad de realizar la acción y la repre-

(50) Cuervo Calán Eugenio. Ob. cit. p. 302. T I.

(51) Castellanos Iona Fernando. Ob. cit. p. 239.

sentación del resultado que se quiere o ratifica. (52)

Pavón Vasconcelos se manifiesta coincidente a la definición de dolo de Jiménez de Asúa, quien lo define como "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. (53)

Existen diferentes especies de dolo, así la doctrina señala principalmente al dolo directo, indirecto, indeterminado y eventual.

El dolo directo es aquél en que el sujeto activo se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Es decir, el resultado coincide con la intención del sujeto activo.

El dolo indirecto existe cuando el agente se propone un fin, pero actúa ante la certidumbre de que surgiran otros resultados delictivos, y previendo su seguro acaecimiento ejecuta el he-

cho.

El dolo indeterminado surge cuando el sujeto activo tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado típico en particular.

El dolo eventual existe cuando el sujeto activo se representa como posible un hecho delictuoso y a pesar de ello, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

La segunda forma de culpabilidad aceptada por nuestro orden jurídico es la culpa.

El artículo 9 párrafo segundo del Código Penal en vigor establece:

Otra culpablemente, el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Para Cuella Calón "existe culpa cuando se obra sin -

- (53) Pavón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. 382.
(52) Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. 239.

intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley." (54)

Redl Carranod y Trujillo sostiene "culpa; es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado." (55)

En la integración de la culpa, deben concurrir los siguientes elementos:

1.- Una conducta voluntaria, en virtud que sólo del hecho producido por una acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.

2.- Un resultado típico y antijurídico en nexo causal con la acción u omisión realizada.

3.- Una ausencia de voluntad en el resultado, es decir, no debe existir la intención delictiva, ya sea por falta de previsión o por la esperanza de que el resultado no se produciría.

4.- Una naturaleza previsible y evitable del evento, si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento -

(54) Cuello Galán Eugenio. Ob. cit. p. 325 T.I.
(55) Carranod y Trujillo Redl. Ob. cit. p.

jurídico.

5.- Una violación a los deberes de cuidado.

De acuerdo con la tesis sostenida por el doctor Francisco Favón Vasconcelos, quien define 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." (56)

La culpa se clasifica en consciente e inconsciente:

La culpa consciente, también denominada con representación, existe cuando el agente se ha representado la posibilidad de producir un resultado dañoso, pero no deseado, en virtud de su actuación o abstención, pero la realiza con la esperanza de que no se producirá.

La culpa inconsciente o sin representación, existe cuando el agente no previó el resultado dañoso por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo, por su naturaleza previsi-

(56) Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 397.

ble y por lo mismo evitable.

Para el referido autor, esta clasificación de la culpa carece de interés por sí misma y únicamente sirve como índice auxiliar para calificar la gravedad de la culpa. (57)

Del análisis del artículo 199 bis del Código Penal Federal, podemos apreciar que la culpabilidad en el delito del peligro de contagio admite como formas de culpabilidad tanto el dolo como la culpa.

Precisando, es evidente que el agente puede dirigir su voluntad consciente a colocar en situación de peligro de contagio la salud del pasivo a través de la exteriorización de su conducta. Es decir, se puede apreciar la voluntad consciente del sujeto activo del delito dirigida a causar un resultado jurídico prohibido, al poner en peligro de contagio la salud del pasivo, a través de su actuación o abstención. Siendo posible la manifestación del dolo en forma directa, indirecta, indeterminado y eventual.

Asimismo esta figura típica acepta a la culpa, en -

(57) Ibidem. P. 399.

virtud que a través de la acción o abstención voluntaria del sujeto activo, puede colocarse en situación de peligro de contagio la salud del pasivo, sin existir la intención delictiva; ya sea por no prever como posible el resultado, esto es; la puesta en peligro del bien jurídico salud, o bien por confiar en que a través de su actuación no se coloca en situación de peligro la salud del pasivo.

C) LA INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, la cual impide la integración del cuarto elemento del delito en nuestro orden de prelación lógica.

El doctor Celestino Forte Petit nos precisa; "Cuando estamos frente a una hipótesis de la inculpabilidad, concurren la conducta o el hecho, la tipicidad, antijuridicidad, no así la culpabilidad." (58)

Estas hipótesis de inculpabilidad, han recibido por parte de la doctrina diversas denominaciones; causas de inculpabi-

(58) Forte Petit Ganduap Celestino. Ob. cit. p. 285.

lidad, causas de exclusión, ausencia de culpabilidad, causas de exculpación, y hasta motivos que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

Para Faviá Vasconcelos " el aspecto negativo de la culpabilidad funcionari, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche"

(59)

Fernando Castellanos Iena precisa; " si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o ambos."

(60)

Trataremos como causas genéricas de exclusión de la culpabilidad; al error y a la no exigibilidad de otra conducta.

* EL ERROR.

El error presupone el desconocimiento de la realidad, ya sea por el desconocimiento total de un hecho (ignorancia), o bien por una idea errónea respecto a un objeto, cosa o situación, -

(59) Faviá Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 405.

(60) Castellanos Iena Fernando. Ob. cit. p. 258.

es decir, presupone la ignorancia o el falso conocimiento que producen en el autor el desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta.

Si el dolo se compone de dos elementos; el intelectual y el volitivo. El elemento intelectual exige el conocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal, así como la significación antijurídica de su conducta. Cuando estos conocimientos no existen, o se tiene un conocimiento equivocado, estamos ante el error que excluye siempre al dolo, y en ocasiones si reúne determinadas características puede excluir la culpa. (61)

Sains Cantero define al error, "como la no representación o equivocada representación de los hechos constitutivos del tipo penal realizado, o de su significación antijurídica." (62)

La inculpabilidad por error se basa en el hecho de que un agente en condiciones de salud y desarrollo mental, que lo capacitan para responder en calidad de imputable, actúa en contra de la norma, pero su conducta es exculpada en virtud de un falso o total desconocimiento que realiza elementos propios de alguna des-

cripción típica; o bien , de la realidad en que se encuentra al momento de la comisión de su conducta; o de la realidad jurídica que regula su comportamiento; o del significado antijurídico de la conducta que realiza.

El artículo 15 fracción VIII de nuestro Código Penal en vigor, regula al error como causa de exclusión del delito, estableciendo:

El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o

b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

1.- Para que el error funcione como una causa de inculpabilidad, propiamente dicho, nuestro orden jurídico precisa que

(61) Sains Cantero José A. Ob. cit. 699.
(62) Ibidem. 700.

se trate de un error invencible.

El error invencible existe cuando el sujeto ni siquiera mediante la aplicación de la mayor cautela hubiera deshecho su falta de representación de los hechos constitutivos del tipo penal (error en sentido estricto) o hubiera adquirido el conocimiento que le faltaba (ignorancia).

Para determinar la invencibilidad del error, es necesario considerar las circunstancias del hecho, así como las personales del autor.

2.- El inciso a) del referido artículo 15, estipula una ausencia de culpabilidad, cuando el error invencible recae sobre alguno de los elementos esenciales del tipo, es decir, nos refiere al error de tipo.

El error sobre el tipo es aquel conocimiento erróneo, por ignorancia o falta de representación, de alguno de los elementos esenciales del tipo penal, ya se trate de algún elemento objetivo, normativo o subjetivo.

3.- El inciso b) establece primeramente como causa de inculpabilidad al error de prohibición, para posteriormente recoger sus dos especies;

El error de prohibición directo es aquél que versa sobre la existencia o vigencia de la norma prohibitiva.

El error de prohibición indirecto es aquél que recae sobre la existencia de los presupuestos fácticos que fundamentan una causa de justificación, bien sobre la existencia legal de ésta, o bien sobre los límites de la supuesta causa de justificación que legalmente existe. (63)

Dentro del delito del peligro de contagio, sin duda alguna puede ocurrir que una conducta típica y antijurídica, realizada por un sujeto activo imputable, no se considere culpable al no poder realizar un juicio de reproche al autor, toda vez que realizó su acción bajo un error invencible sobre el tipo, o bien sobre la prohibición. Es decir, su acción u omisión se encuentra amparada por una causa de inculpabilidad, regulada en nuestro ordenamiento.

(63) Ibidem. p. 702-703.

to penal, en su artículo 15 fracción VIII.

Siendo evidente la posibilidad que el sujeto activo del delito, a sabiendas que es portador de una enfermedad grave de carácter infectante, realice una acción u omisión mediante la cual coloca en peligro de contagio la salud del pasivo, estando viciado el elemento intelectual de la culpabilidad, por encontrarse el agente al momento de exteriorizar su conducta en un error invencible - sobre algún o algunos de los elementos del tipo penal, o bien sobre la ilicitud de su conducta.

* LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Nuestro artículo 15 en su fracción IX del Código Penal Federal contempla a la no exigibilidad de otra conducta, como una causa de inculpabilidad (exclusión del delito), al establecer:

Son causas de exclusión del delito:

IX.- Atentas a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible -

al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho,

Al establecer como causa de exclusión del delito a la no exigibilidad, es necesario precisar el concepto de exigibilidad, así como su ausencia.

Para que a un sujeto le sea reprochable el injusto típico que ha realizado, es preciso, además de que sea imputable y haya actuado dolosa o culposamente, que le pueda ser exigido un comportamiento conforme a lo que el ordenamiento jurídico dispone.

Cuando esta conducta acuerde con el derecho no le es exigible al sujeto, su acto típico y anti-jurídico no le es reprochable; es decir no existe culpabilidad. (64)

Como elementos de la exigibilidad tenemos al deber y al poder, en virtud que al autor sólo le es exigible que se comporte de acuerdo con el deber cuando pueda hacerlo. La exigibilidad es un deber que presupone un poder.

El deber está determinado por el ordenamiento jurídico

(64) Ibidem. p. 715.

dice. Existe en principio el deber de determinarse de acuerdo a las normas, es decir de conformar la conducta propia a lo que el derecho dispone.

El poder del autor existirá siempre que la situación en que se encuentra le permita la normal formación de su voluntad.

Sáinz Cantero dice; " la hay cuando el hombre medio, situado en idénticas circunstancias externas, impulsado por las mismas motivaciones y en semejantes condiciones personales en que ha actuado el autor concreto, se hubiera comportado de acuerdo con el deber." (65)

Nuestro ordenamiento jurídico retoma el principio de no exigibilidad, en virtud del cual no es posible realizar un juicio de disvalor sobre el autor de una conducta típica y antijurídica, cuando no le es racionalmente exigible que se comportara de acuerdo con lo que el derecho dispone.

Ignacio Villalobos no reconoce el carácter de causa de inculpabilidad a la no exigibilidad de otra conducta, calificán-

(65) Ibidem p. 719.

dola de "oscuro camino de retorno a la doctrina del libre albedrío, considerando que con la no exigibilidad se hace referencia, sólo a consideraciones de nobleza y emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona - obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no pueda ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y del orden social." (66)

No obstante la fundada crítica, resulta evidente el valor que representa, considerando el carácter individualizador - que debe revestir el juicio de reprobación al autor relacionado - con el elemento objetivo material. Así tenemos por ejemplo, como casos de no exigibilidad; al estado de necesidad, cuando el bien jurídico sacrificado es de igual valor al salvado; en el cual - objetivamente estaremos ante un hecho típico y antijurídico, pero no culpable. Del mismo modo estaremos en presencia de una no exigibilidad, cuando se realice una conducta típica y antijurídica -

(66) Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa S.A. México 1960. p.421.

ante la coacción o violencia moral conocida como vis compulsiva, traduciéndose en una inculpabilidad.

Debe aceptarse dentro del delito en estudio que pade el sujeto activo, a sabiendas de la enfermedad grave y de carácter infectante que padece, exteriorizar su conducta poniendo en peligro de contagio la salud del pasivo, recayendo un juicio de disvalor a su conducta, es decir considerándola antijurídica, más no culpable; al estar coaccionada su voluntad a través de la violencia moral, realizando los actos antijurídicos de la figura típica bajo un temor fundado e irresistible, por lo tanto estaríamos ante una no exigibilidad, que ocasiona la imposibilidad de realizar un juicio de disvalor en relación al sujeto activo, toda vez que su voluntad se encontraba coaccionada y no se le puede exigir el sacrificio.

V.- LA FUNIBILIDAD.

El doctor Francisco Pavón Vasconcelos la define co-

no: "La amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social." (67)

Sains Cantero la define como "la posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable." (68)

En cuanto a la naturaleza jurídica de la punibilidad existen opiniones encontradas entre quienes le dan el carácter de elemento esencial del delito y aquellos que la estiman como una consecuencia.

Entre los primeros tenemos al profesor español Luis Jiménez de Asís, quien precisa; "lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley, recibe una pena." (69)

Entre los que niegan el carácter de elemento esencial del delito tenemos al catedrático Ignacio Villalobos, quien sostiene

(67) Favián Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 421.

(68) Sains Cantero José A. Ob. cit. p. 745.

(69) Jiménez de Asís Luis. La ley y el delito. 2da ed. 1954. p. 458.

no; "la pena es la reacción de la sociedad e el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dadas los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria." Agregando; "Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible." (70) Igual posición adopta Castellanos Iena, quien considera que la punibilidad no es elemento sino consecuencia del delito. (71)

En función de nuestro ordenamiento penal debemos concluir que la punibilidad es un elemento esencial, al considerar delito únicamente al acto u omisión que sancionan las leyes penales, precisando su carácter fundamental y específico.

Es innegable que el ordenamiento penal establece deberes de comportamiento, mediante la descripción típica y la amenaza de sanción, siendo ésta la única forma eficaz de obligar a los destinatarios de la norma a cumplir con los deberes de comportamiento. Por lo tanto, es la punibilidad un elemento esencial y

(70) Villalobos Ignacio. Ob. cit. p. 203.

(71) Castellanos Iena Fernando. Ob. cit. p. 269.

particular de las normas penales. Adquiriendo el carácter de delito precisamente por ser punible, además de que la conducta adecuada a la descripción típica sea antijurídica y culpable.

Totalmente de acuerdo con el Doctor Favén Vasconcelos quien establece: "Decir que la pena es la consecuencia del delito es del todo correcto, pero no debe confundirse con la punibilidad; elemento constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligatio juris." (72)

Por regla general para que una conducta o hecho sea punible basta con que se acredite la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pero en ocasiones la ley exige una condición para que la conducta típica, antijurídica y culpable sea punible.

Estas condiciones exigidas por la ley, pueden ser de naturaleza material o bien de carácter procesal. Estas condiciones se presentan en forma excepcional en algunas figuras típicas y afectan directamente a la punibilidad del hecho.

A las condiciones de carácter material se les deno-

(72) Favén Vasconcelos Francisco. Ob. cit. 426.

mina condiciones objetivas de punibilidad, y a las de carácter procesal; condiciones de perseguibilidad, también llamados requisitos de procedibilidad.

A) LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

El Profesor español Antón Quesca las define "como ciertos hechos, ajenos a la acción y a la culpabilidad, necesarios para que la acción sea punible o para que se aplique determinada agravación de la pena. (73)

Esta definición nos enmarca las dos formas en que las condiciones objetivas de punibilidad pueden desarrollar su función:

1.- Para permitir la punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable. Si no se presenta la condición no es punible.

2.- Para agravar la punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable. Si se presenta la condición aumenta la punibilidad. Siendo preciso se trata de una agravante, más no de una condición objetiva de punibilidad.

(73) Antón Quesca J. Derecho Penal. Parte General. Edit. Bosch. Barcelona. España 1980. p.233.

El Profesor Fernando Castellanos Tena con toda razón
les niega el carácter de elemento esencial del delito, señalando:
"Basta la existencia de un sólo delito sin éstas condiciones para
demostrar que no son requisitos de su esencia." (74)

El catedrático español Sains Cantero les otorga el
carácter de elemento esencial del delito: " En realidad, al condi-
cionar la existencia de un elemento del delito como lo es la puni-
bilidad, no puede negarse su carácter esencial. (75)

Celestino Forte Petit, con su precisión y claridad
acostumbrada nos precisa; "las condiciones objetivas de punibili-
dad no son elementos esenciales del delito, porque no se requiere
de su existencia." agregando; "la punibilidad por ser una caracte-
rística que va unida a la realización de los elementos de la figu-
ra delictiva, surge cuando se verifica ésta, pero la ley hace depen-
der su eficacia de la verificación de la condición. Por tanto, el
delito es perfecto y solamente se suspende la actualización del -
castigo y por eso la condición objetiva de punibilidad no forma -
parte de la estructura del delito. Y precisamente, porque el deli-

(74) Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. 248.

(75) Sains Cantero José A. Ob. cit. 752.

to es ontológicamente perfecto, las condiciones objetivas de punibilidad son extrínsecas al mismo, a más de estar fuera de sus elementos constitutivos. Si falta uno de sus supuestos o elementos esenciales, el delito no surge, en cambio si se presentan aquellas y no se verifica la condición objetiva el delito es perfecto y solamente su punibilidad está subordinada a la verificación de la tal condición." (76)

En el delito del peligro de contagio, junto a la descripción típica podemos apreciar una agravante de la punibilidad, mediante la cual se aumenta la punibilidad; esto es, cuando la enfermedad grave de carácter infecto contagioso sea incurable.

El artículo 199 bis de nuestro ordenamiento, en su parte referente establece:

Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

B) LA AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBIL-

(76) Forte Petit Candauap Celestino, Programa de la parte general de Derecho Penal. México, U.N.A.M. 1968, p. 564.

DAD.

Mientras no se produzcan las condiciones objetivas de punibilidad que la figura típica describe no se puede sancionar a la conducta, aun siendo típica, antijurídica y culpable, impidiendo que la pena tenga aplicación.

El profesor Forte Petit Candaup al respecto dice:

"Este aspecto negativo se obtendrá a contrario sensu, de aquellos casos en que la ley penal exija una condición objetiva de punibilidad." (77)

En el delito del peligro de contagio si no se presenta la condición agravante, consistente en la incurabilidad de la enfermedad padecida por el activo, se mantendrá la penalidad base, - sin agravarla.

C) LAS CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD.

Las condiciones de perseguibilidad afectan sólo indirectamente a la punibilidad del hecho. Incidiendo directamente

(77) Forte Petit Candaup Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Ed. Porrúa S.A. México.p. 253.

sobre el proceso en cuanto a que si no se dan no se inicia la persecución de la conducta típica, antijurídica y culpable, haciendo imposible la aplicación de la pena señalada en la ley a la conducta típica. Se identifica con las condiciones de procedibilidad.

Antón Oveca; las define como "los supuestos del proceso, condiciones que determinan la posibilidad del procedimiento y sólo indirectamente influyen en la penalidad, en cuanto ésta no se puede imponer sino mediante el proceso." (78)

En el delito del peligro de contagio se establece como condición de procedibilidad; la querrela del ofendido, tratándose de cónyuges, concubenarios o concubinas, de acuerdo con el artículo 199 bis, parte final de nuestro ordenamiento penal.

D) LA FUNIBILIDAD EN EL DELITO DEL PELIGRO DE -

CONTAGIO.

Al igual que en todos los tipos penales, consiste en la amenaza por parte del estado, a través de la norma jurídica

(78) Antón Oveca J. Ob. Cit. p. 239.

ca, de la imposición de la sanción en caso de que el agente adecúe su conducta al tipo penal en forma antijurídica y culpable.

Nuestro Código Penal en su artículo 199 bis establece como amenaza a aquél que actualice la descripción típica en forma antijurídica y culpable, la imposición de la sanción consistente en: Pena de prisión de tres días a tres años y hasta cuarenta días de multa, y en caso de que la enfermedad padecida por el activo - fuera incurable; se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

B) LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Sains Cantero las define como " los supuestos en los que, no obstante darse una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador los declara expresamente exentos de pena por razones político criminales, de utilidad o de oportunidad política." (79)

El Doctor Rudi Carrancá y Trujillo establece; "la

(79) Sains Cantero José A. Ob. cit. p. 756.

punibilidad desaparece en ciertos casos que la ley considera por razón de las personas y de utilidad social de la impunidad, como no sancionables. Tal ocurre con las excusas absolutorias." (80)

Las excusas absolutorias funcionan como el aspecto negativo de la punibilidad y podríamos considerarlas como un perdón estatal.

En nuestro Código Penal se contemplan como excusas absolutorias, las siguientes hipótesis legales:

1.- Excusas en razón de lazos afectivos o familiares.

* Encubrimiento. Artículo 400.

* Evasión de presos. Artículo 151.

2.- Excusas en razón de maternidad consciente.

* El aborto causado por imprudencia, o cuando el embarazo es resultado de una violación . Artículo 333.

3.- Excusas en razón de la mínima temibilidad

* El robo sin violencia de menor cuantía, restituyendo la cosa y los daños y perjuicios. Artículo 375.

(80) Carrancá y Trujillo Hadl. Las causas que excluyen la incriminación. México, 1944, p. 80.

Tratándose del delito en estudio, nuestro ordenamiento penal no incluye referencia a alguna excusa absoluta relacionada con el tipo penal del peligro de contagio. Es decir, no opera alguna excusa absoluta que funcione como aspecto negativo de la punibilidad.

CAPITULO CUARTO.

FORMAS ESPECIALES DE APARICION DEL DELITO .

A) FORMAS DE APARICION DEL DELITO EN GENERAL.

Desde el momento en que surge la idea criminal en la mente del hombre hasta que se realiza, recorre un proceso que conocemos como "iter criminis". Es decir, la vida del delito se desarrolla a lo largo del tiempo, desde que surge la idea criminal en la mente hasta su agotamiento total.

En el "iter criminis" pueden distinguirse perfectamente definidas dos fases; la interna o subjetiva y la externa u objetiva.

La fase interna o subjetiva transcurre en el ámbito interior del sujeto, y abarca tres períodos :

1.- Fase de ideación. Se produce al surgir en la mente del sujeto el alumbramiento de la idea criminal, siendo acogida o rechazada. Si el sujeto la mantiene fija en su mente, se somete dicha idea criminal a la;

2.- Fase de deliberación. En ésta etapa se enfrenta la idea criminal con los frenos inhibitorios del sujeto, que tienden a disuadirla.

Si los frenos inhibitorios logran disuadirla, es anulada en la mente misma. De lo contrario, triunfa la resolución firme de cometer el delito, pasando a la última etapa interna.

3.- Fase de resolución. En ésta etapa el sujeto después de someter su idea criminal a sus frenos inhibitorios, decide llevar a la práctica su idea de cometer el delito. Existe la resolución criminal como un propósito firme en la mente, sin exteriorizarse.

Todos los actos comprendidos y desarrollados en la fase interna del "iter criminis" son impunes por regla general, toda vez que al no exteriorizarse la idea criminal en actos o palabras, no se lesiona ningún interés jurídicamente tutelado.

A la resolución interna de cometer el delito, le sigue la resolución manifestada.

Favón Vasconcelos la define como: "El acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal - por medio de la palabra." (81)

A ésta resolución manifestada se le sitúa en la zona intermedia entre la fase externa e interna. Por regla general no tiene trascendencia penal, en virtud que su exteriorización verbal no vulnera objetivamente algún bien jurídico tutelado.

La fase externa u objetiva del "iter criminis", es situada por la mayoría de los autores a partir de los actos preparatorios.

Para Antón Queca "los actos preparatorios no entran todavía en la esfera de ejecución del delito, o sea, no están comprendidos en los descritos por la ley en la concreta definición de la infracción criminal." (82)

Castellanos Zena Precisa; "Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos, y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de

(81) Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 436.

(82) Antón Queca J. Ob. cit. p. 435.

manera evidente el propósito, la decisión de delinquir." (83)

En general los actos preparatorios son impunes. A éste respecto el profesor español Sains Cantero nos dice: "Las razones que se alegan para justificar la impunidad son de diversa índole. De técnica probatoria, en cuanto que en abstracto se trata de actos indiferentes desde el punto de vista del derecho penal, adquiriendo relevancia sólo cuando se llevan a cabo para la comisión de un delito." Agregando; "las dificultades para probar esa intención, aconseja su impunidad." "En atención al principio del bien jurídico, por regla general, los actos preparatorios no crean un peligro inmediato para el bien jurídicamente protegido." -

(84)

La etapa final de la fase externa u objetiva es la ejecución; pudiendo manifestarse en dos aspectos; la tentativa y la consumación.

B) LA TENTATIVA.

- (83) Castellanos Iena Fernando. Ob. cit. p. 278.
(84) Sains Cantero José A. Ob. cit. p. 774.

Para Eugenio Zaffaroni "la tentativa rebasa la etapa de los actos preparatorios, hay ya un principio de ejecución de la acción descrita en la ley o la realización total de los actos ejecutivos necesarios para la consumación, pero ésta no se logra ya sea por causas ajenas al querer del sujeto, o por causas provenientes de su voluntad; con lo que se abarca tanto la tentativa inacabada y acabada, la punible y la impune." (85)

En la tentativa inacabada; el sujeto principia la ejecución del delito, pero no consigue realizar todos los actos de ejecución que deberían producirlo, por causas ajenas a su voluntad.

En la tentativa acabada el sujeto realiza todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, pero éste no se produce, por causas ajenas a su voluntad.

A éste respecto el artículo 12 de nuestro ordenamiento penal establece;

Existe tentativa punible cuando la resolución de co-

(85) Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. ed. Cárdenas editor. 6ta ed. Buenos Aires, 1986. - p.p. 172 a 175.

meter un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Como puede observarse son punibles tanto la tentativa acabada como la inacabada, cuando no se consuma el resultado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

En el delito del peligro de contagio no es posible hablar de tentativa, en virtud que la simple ejecución de la idea consume el delito. Es decir, por tratarse de un delito de peligro que no requiere de un resultado material, basta con la simple actividad e inactividad voluntaria del sujeto para consumir el delito, con la simple puesta en peligro del bien jurídico protegido; la salud personal.

La naturaleza jurídica del delito en estudio, precisa la no exigencia de resultado material, siendo que su integración típica se configura con la simple exteriorización de la con-

ducta o con la emisión de la conducta esperada del agente que a sabiendas de su padecimiento grave de carácter infeccioso, pone en situación de peligro al bien jurídico; la salud del pasivo, a través del posible contagio. Pudiendo afirmar que en este delito no existe la tentativa.

En el último párrafo del artículo 12 de nuestro ordenamiento penal se le da el carácter de imputo al desistimiento, al establecer:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a ésta se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

La figura del desistimiento existe cuando la ejecución no se completa por causas que dependen de la voluntad del sujeto activo. Federico Puig Pena conceptúa al desistimiento de la siguiente forma: "Se entiende por desistimiento en la tentativa,

la interrupción que el autor realiza por obra de su espontánea y propia voluntad, en el proceso del delito, evitando así su perfección." (86)

C) LA CONSUMACION.

Una vez que el sujeto activo ejecuta la totalidad de los actos ejecutivos y se produce el resultado querido, el delito se consuma.

La consumación del delito implica la adecuación total de la conducta a la descripción típica.

Para el catedrático español Antón Quesca: "La consumación consiste en la realización de todos los elementos comprendidos en la figura típica, en la coincidencia entre los hechos y el tipo delictivo." (87)

Por lo general la producción del resultado dañoso - deseado, trae consigo la lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal.

(86) Ruiz Pena Federico. Ob. cit. p. 541.

(87) Antón Quesca José . Ob. cit. p. 452.

norma penal.

En los delitos de peligro, como es el caso del delito en estudio, se consuman con la simple producción del peligro, ésto es, con la simple realización de la conducta.

El delito del peligro de contagio se consume al momento en que la conducta del agente, a sabiendas de la enfermedad grave de carácter infeccioso que padece, coloca en peligro de contagio la salud del pasivo.

CAPITULO QUINTO.

LA PARTICIPACION DELICTUOSA.

La participación delictuosa o el concurso de personas se origina cuando en la realización de un mismo delito intervienen dos o más personas conjuntamente, siempre y cuando el tipo penal no precise como necesaria esa intervención múltiple.

Para Fernando Castellanos Tena "la participación - consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera de esa pluralidad." (88)

En éste punto debemos distinguir el concurso necesario y el eventual de sujetos.

A) EL CONCURSO NECESARIO Y EL CONCURSO EVENTUAL - DE SUJETOS.

En el concurso necesario el tipo penal exige la -
participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito

(88) Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. 293.

es inexistente, por ejemplo; la asociación delictuosa.

El concurso eventual de sujetos existe cuando el tipo penal no precisa como necesaria la concurrencia de varios individuos, pero éstos con unidad de propósito intervienen en su comisión, integrando la participación delictuosa.

En la descripción típica del delito del peligro de contagio, no se precisa como necesaria la intervención de dos o más sujetos, pero no obstante de ser un delito monosujetivo, nada impide que su realización se ejecute por una pluralidad de sujetos.

Para el profesor español Sains Cantero el término - participación ha sido utilizado en dos sentidos; " uno amplio que comprende la totalidad del fenómeno de concurrencia de varias personas en la realización de un mismo delito; abarca entonces a los autores, coautores, inductores y encubridores. Y otro estricto que se contrapone a la autoría, y que comprende sólo a aquellas personas que con unidad de voluntad y de acción, intervienen en un hecho del que otra persona es autor principal." (89)

(89) Sains Cantero José A. Ob. cit. p.810.

En éste sentido, que a mi parecer es el adecuado, -
debemos entender que la participación surge cuando una o varias
personas intervienen en un hecho típico y antijurídico ajeno; es-
to es, un hecho del que otro es el autor principal.

Así Sáinz Cantero agrega: "Entre las distintas per-
sonas que intervienen en un mismo hecho, puede haberse dado una -
distribución de funciones para llevarlo a cabo, de modo que una -
de ellas actúe como autor principal y las restantes tengan atri-
buido un papel secundario, de mero auxilio a las anteriores, para
que éstas realicen su hecho. De ellas decimos que son partícipes,
que toman parte en el hecho de otro." (90)

B) LA NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICIPACION.

Para determinar la naturaleza jurídica de la parti-
cipación se han utilizado diversos criterios, entre los más impor-
tantes citaremos; el de la causalidad eficiente, el de la acceso-
riedad, y el de la autonomía.

(90) Sáinz Cantero José A. Ob. cit. p. 801

El criterio de la causalidad eficiente distingue la causa de la condición. La actividad del autor constituye la causa del delito, destacándose en relación al actuar de los partícipes, en cuanto a su eficacia causal, ya que su actuar aún siendo condición causal, no tiene igual eficacia e bien no resulta la condición adecuada para producir el resultado típico.

El criterio de la accesoriadad considera autor del delito, sólo a quien realiza la conducta descrita en el tipo penal y como partícipes; aquellos que realizan una conducta accesoria, pero dependiente de la conducta principal desplegada por el autor.

Esta teoría diferencia autor y partícipe, precisando como autor a quien realiza los hechos u omisiones señalados en la descripción típica, y como partícipes quienes despliegan una conducta accesoria, que por sí mismas no materializan la descripción típica actualizada por el autor.

El criterio de la autonomía pretende desaparecer la

participación, sosteniendo que las personas que intervienen con su comportamiento individual, producen con su conducta delitos en lo individual, aún tratándose de un mismo delito. Afirma que la participación es una pluralidad de delitos, en virtud de constituir cada conducta su causa en diverso impulso humano, debiendo corresponder penas propias al ser autónomas unas de otras.

Consideramos incorrecta esta posición en virtud que las conductas delictivas, responden a un mismo impulso delictivo, dirigido a un mismo resultado, siendo evidente la unidad del delito.

Considero que el criterio que resuelve el problema de la participación, es el de la causalidad. Al respecto Edmundo Mezger sostiene: "el punto de arranque de toda teoría jurídico - penal de la participación, es la teoría de la causalidad, pues sólo lo pueden ser consideradas punibles aquellas conductas que se encuentran en relación causal con el resultado." (91)

(91) Citado por Favón Vasconcelos F. Ob. cit. p.p. 464 y 465.

C) LA AUTORIA

Autor es el sujeto que en forma antijurídica y culpable, por sí mismo o a través de otra persona, realiza mediante su actuar o abstención, el hecho punible y tipificado en la ley.

Para Sebastian Soler; "Autor es en primer lugar, el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva." (92)

La autoría puede presentarse en varias facetas, considerando que el autor puede realizar el hecho punible tipificado en la ley; por sí mismo, a través de otra persona o en compañía de otros autores.

Así la autoría comprende; al autor inmediato o directo, al autor mediato y al coautor. Formas de autoría que han sido recogidas por nuestra legislación penal.

El autor material, inmediato, directo o principal; es aquél que realiza por sí mismo la acción o omisión descrita por el tipo penal.

(92) Soler Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. p. 258.

Para Sebastian Soler el autor inmediato es "el que ejecuta la acción expresada en el verbo típico de la figura delictiva." (93)

En el delito del peligro de contagio, el autor inmediato será aquél que a sabiendas de la enfermedad grave de carácter infeccioso que padece, dirige su conducta directamente, en forma dolosa o culposa, colocando en peligro de contagio la salud del pasivo. Es decir; es el creador material del peligro de contagio.

La autoría inmediata ésta contemplada en la fracción II del artículo 13 de nuestro Código Penal, estableciendo:

Son autores o partícipes del delito:

II.- Los que lo realicen por sí.

Autor mediato se denomina al que se vale de una persona exenta de responsabilidad para ejecutar materialmente el delito. Esta exención puede deberse a una ausencia de conducta, por error o por una causa de inimputabilidad.

Sebastian Soler contempla como casos de autoría me-

(93) Ibidem. p. 258.

diata; "a) La violencia (vis absoluta), en la cual la calidad -
de autor se desplaza hacia quien la ejerció. b) La coacción, ya -
que en ella aunque pueda haber imputación de la acción al autor -
inmediato, no habrá lugar a la imputación del delito, respecto del
cual debe responder el autor mediate, c) El error, pues en tal su-
puesto el autor inmediato ignora las circunstancias de hecho en -
que actúa, así como su índole antijurídica, d) Acciones de inimpu-
tables, ya que en éstos casos el resultado de la acción del inca-
pas se pone a cargo del autor mediate, por ser aquél un simple -
instrumento de que éste se vale para cometer el delito." (94)

La figura del autor mediate es contemplada por nues-
tra legislación en la fracción IV del referido artículo 13 , al -
señalar:

Son autores o partícipes del delito:

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.

En el delito del peligro de contagio existirá auto-

ria mediate cuando el agente a sabiendas de la enfermedad grave -

(94) Ibidem. p. 258 y 259.

de carácter infectante que padece, se vale de otra persona exenta de responsabilidad, para exponer al peligro de contagio, la salud del pasivo.

Además de la ejecución del delito en forma mediata o inmediata, puede aparecer en su comisión el llamado coautor.

Cuello Calón define al coautor como "el que en unión de otros autores responsables ejecuta el delito, realizando los elementos que integran la figura legal." Agregando: "Todos los coautores son igualmente punibles." Para Francisco Favén Vasconcelos "el coautor al igual que el autor, es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley." Precizando: "indebidamente se habla de coautor pues éste, en rigor técnico es autor." (95)

Podemos concluir que el coautor ejecuta el delito - existiendo un acuerdo de voluntad entre las personas que realizan material y conjuntamente, el hecho delictivo.

Nuestro Código Penal en su artículo 13, fracción III

(95) Favén Vasconcelos Francisco, Ob. cit. p. 474.

contempla la figura de la coautoría, señalando:

Son autores o partícipes del delito:

III.- Los que lo realizan conjuntamente.

En el delito a estudio puede existir la concurrencia de varios autores materiales, que mediante su conducta conjunta, - colocan en peligro de contagio la salud del pasivo, al ejecutar el ilícito penal de manera directa.

D) LA PARTICIPACION.

En sentido estricto comprende sólo a aquellas personas que con unidad de voluntad y de acción, intervienen en un hecho del que otra persona es el autor principal.

La participación aparece cuando una o varias personas intervienen en un hecho ilícito ajeno.

Para Eugenio Zaffaroni, "partícipe sería el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin -

ser el autor." (96)

(96) Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. ed. Cardenas editor. 6taed. Buenos Aires.p. 509.

En relación al tiempo en el cual se da la participación, esta puede ser anterior, concomitante o posterior a la realización del delito.

Si la participación se da en forma anterior o concomitante a la ejecución del delito, estamos frente a una participación propia. Dentro de la participación propia podemos distinguir las figuras del instigador o autor intelectual, el cooperador y el cómplice.

La participación impropia se da en forma posterior a la ejecución del delito, y se identifica con la figura del encubridor.

El instigador o autor intelectual, es aquél participante que provoca en otra persona la resolución de cometer el delito, a través de una influencia de carácter psíquico.

Ignacio Villalobos considera como autores intelectuales a quienes "no realizan por sí un delito, pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no llegan a impe-

dir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido." (97)

Debemos precisar que el instigador quiere el hecho, - pero producido por otro; quiere causar el hecho típico a través de - otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo.

La instigación puede asumir las siguientes subespecies:

1.- El mandato. Existe cuando se encarga al instigado, la realización del delito para provecho del instigador.

2.- La orden. Tiene lugar cuando el mandato es realizado por un superior al inferior.

3.- El consejo. Es la instigación que se realiza al instigado para inducirlo a cometer un delito.

4.- La coacción. Existe cuando el mandato se apoya en una amenaza.

La figura del instigador está contemplada por nuestro ordenamiento penal, en su artículo 13 fracción V, que señala:

(97) Villalobos Ignacio. Ob. cit. p. 470.

Son autores o partícipes del delito;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo.

Dentro del delito en estudio puede coexistir la participación a través del instigador o autor intelectual, éste es cuando el partícipe a través del mandato, orden o consejo, logra que el autor a sabiendas de la enfermedad grave infecto contagiosa que padece, coloque en situación de peligro de contagio la salud del pasivo.

Cooperador es la persona que contribuye al hecho delictivo, con la aportación de un acto que lo posibilita o facilita, siendo otra persona el autor material.

Para que se considere al cooperador como partícipe se requiere: a) Una contribución causal a la realización de un hecho delictivo ajeno, b) Dicha contribución debe ser una condición necesaria para que el hecho delictivo se presente, y c) Que el autor principal haya iniciado la ejecución del hecho delictivo.

Cómplice es aquél partícipe que facilita una cooperación secundaria al autor, consciente de que favorece la ejecución de

un delito.

Para Favón Vasconcelos la complicidad es "el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución de un delito." Agregando: "La complicidad exige, en el aspecto objetivo, un doble elemento: a) un auxilio al delito, y b) la ejecución del delito por otro." (98)

Ignacio Villalobos nos precisa: "el auxilio a la ejecución del delito puede presentarse desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza y tiene como requisito su eficacia dentro de la ejecución total y su naturaleza secundaria y sustituible en abstracto." (99)

La figura del cómplice y del cooperador están contempladas por nuestro ordenamiento penal, en el artículo 13 fracción VI de la siguiente forma:

Son autores o partícipes del delito :

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión.

Resulta evidente que en el delito del peligro de con-

(98) Favón Vasconcelos Francisco. Ob. cit. p. 474.

(99) Villalobos Ignacio. Ob. cit. p. 473.

tagio puede presentarse la participación de una o más personas que auxilian o cooperan con el sujeto activo del delito, a fin de que coloque en situación de peligro cierto, al bien jurídico tutelado; la salud del pasivo, mediante el posible contagio.

En la fracción VII del artículo 13 de nuestro Código Penal, encontramos una forma de participación posterior a la ejecución del delito; cuando se auxilia al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior a su consumación, en razón de un acuerdo previo, adquiriendo la calidad de partícipe, no por lo realizado con posterioridad, sino por lo prometido anteriormente; pues de no existir tal promesa, estaríamos refiriéndonos a un encubridor.

La figura del encubrimiento consiste en la intervención del agente en forma posterior a la ejecución del delito, a sabiendas de su existencia y con el fin de auxiliar a los delincuentes o aprovecharse de los efectos del delito. Constituyéndose por sí, en una figura típica independiente. En nuestro ordenamiento penal se tipifica al encubrimiento en el artículo 400.

CAPITULO SEXTO.

"EL CONCURSO DE DELITOS"

A) EL CONCURSO DE DELITOS EN GENERAL.

El concurso de delitos existe cuando un sujeto incurre en varios delitos mediante una o varias conductas, esto es; existe el concurso de delitos cuando un sujeto a través de su conducta o conductas varias comete varias infracciones a la ley penal.

Para Sains Cantero: "Hay concurso de delitos cuando un sujeto, mediante una sola o varias acciones comete varias infracciones a la ley penal que son juzgadas en un mismo proceso. Estas infracciones se conectan a varias normas penales o son subsumibles dos o más veces en la misma norma penal que, en éste caso, se aplica repetidamente." (100)

De la anterior definición tenemos como requisitos necesarios para que exista el concurso de delitos:

1.- Pluralidad de delitos; trátase de varios delitos, o un mismo delito en repetidas ocasiones.

(100) Sains Cantero José A. Ob. cit. p. 839.

2.- Que los delitos sean realizados por el mismo sujeto, a través de una o varias conductas.

3.- Que los delitos cometidos por el mismo sujeto, - sean enjuiciados en un mismo proceso.

Precisamente, en relación a la comisión de la pluralidad de delitos, ya sea a través de una o varias conductas, se da lugar a la clasificación del concurso de delitos en: ideal y real.

Cuando un sujeto exterioriza su actuación delictiva, tienen lugar las siguientes hipótesis:

1.- Que con una acción singular se lesione por una - sólo ocasión el orden jurídico.

En éste caso no existe concurso de delitos, por existir una identidad entre la unidad de la acción y la unidad de lesión jurídica.

2.- Que con una acción singular se infrinjan diversas disposiciones penales. En éste caso se origina el llamado concurso - ideal o formal, que se origina cuando con unidad de acción se actua-

lizan una pluralidad de disposiciones penales (tipos).

3.- Que con una pluralidad de acciones se lesiona en pluralidad de ocasiones al orden jurídico. Es decir cuando el sujeto comete varios delitos mediante varias conductas. Originándose el llamado concurso real o material.

4.- Que con pluralidad de acciones se infrinja el mismo precepto penal. Surgiendo en éste caso el llamado delito continuado, teniendo lugar cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se infrinje el mismo precepto penal.

Concluyendo: El concurso de delitos puede ser ideal o real, según se trate; en el concurso ideal existe unidad de conducta y pluralidad de resultados, en el concurso real existe una pluralidad de conductas y de resultados.

B) EL CONCURSO IDEAL.

El concurso ideal se produce cuando una sola conducta da lugar a dos o más delitos. En relación a la naturaleza de los

delitos, el concurso ideal puede ser homogéneo o heterogéneo.

1.- El concurso ideal homogéneo se produce cuando con una acción u omisión se da lugar a dos o más delitos idénticos.

2.- El concurso ideal heterogéneo se produce cuando la conducta singular da lugar a varios delitos diferentes.

El artículo 18 de nuestro Código Penal en su primera parte señala:

Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos.

Asimismo el artículo 64 del mismo Código indica: En caso de concurso ideal se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las penas señaladas en el título segundo del libro primero.

Es evidente que el delito en estudio puede formar parte de un concurso ideal, ya sea homogéneo o heterogéneo. Por ejemplo: Cuando el sujeto activo, a sabiendas de la enfermedad grave

de carácter infectante que padece, mediante su conducta única, coloca en situación de peligro por contagio, la salud de varias personas, surgiendo en éste caso un concurso ideal homogéneo. Ahora - bien, nada impide que concorra éste delito con una violación, existiendo en éste caso un concurso ideal heterogéneo.

C) EL CONCURSO REAL.

Existe concurso real cuando el mismo sujeto, mediante dos o más acciones u omisiones, comete dos o más delitos.

Este concurso se da cuando un mismo sujeto, a través de varias conductas ocasiona la aparición de diversos resultados - típicos.

El artículo 18 de nuestro Código Penal en su segunda parte señala:

Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Asimismo el artículo 64 en su segundo párrafo del -

mismo ordenamiento indica:

En caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellas son de diversa especie. - Si son de la misma especie, se aplicarán las correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más, sin exceder de los máximos señalados en este código.

El delito del peligro de contagio puede presentarse dentro de un concurso real, esto es; cuando concurre con delitos de la misma o diversa especie que se cometieron a través de conductas diversas.

D) EL DELITO CONTINUADO.

La pluralidad de acciones y unidad de resultado, - distingue al delito continuado.

Para Castellanos Tena existe el delito continuado - cuando; "Una conducta reiteradamente delictuosa puede lesionar el

mismo bien tutelado por el derecho." Agregando: "Las acciones son múltiples pero una la lesión jurídica." (101)

Sains Cantero nos precisa; "el delito continuado se da cuando un sujeto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realiza una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distinto tiempo pero en análogas ocasiones, con las que infringe el mismo o semejante precepto penal." (102)

En el artículo 7 fracción III de nuestro ordenamiento penal se establece:

El delito es:

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo se viola el mismo precepto legal.

Asimismo el artículo 64 último párrafo de nuestro ordenamiento penal nos señala:

En los casos de delito continuado se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

(101) Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. p. 308.
(102) Sains Cantero José A. Ob. cit. 845.

La figura del delito continuado no puede presentarse con el delito del peligro de contagio, no obstante que el sujeto activo del delito, a sabiendas de la enfermedad grave de carácter infeccioso que padece, a través de acciones u emisiones reiteradas, con unidad de propósito, coloque en peligro de contagio la salud del pasivo, toda vez que el bien jurídico tutelado; la salud personal, no es fraccionable, estando en este caso, frente a un concurso real homogíneo.

CONCLUSIONES.

1.- La teoría del delito surge ante la necesidad de conceptuar al delito y sus características, estableciendo una sistematización para su estudio. Dentro de la teoría del delito encontramos dos concepciones; la totalizadora y la analítica; la primera - considera al delito como una unidad indivisible, que únicamente puede ser comprendido en su esencia estudiándolo como un todo; la segunda estudia al delito a través de sus elementos constitutivos, sin negar su unidad.

En base a la concepción analítica definimos al delito como; la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

2.- El único antecedente en nuestro derecho positivo del delito del peligro de contagio, lo encontramos en el tipo penal denominado "del contagio sexual y del contagio nutricional", contenido en el código de Alarcos. Tutelaba al bien jurídico; salud personal frente al daño, en contraste con el tipo penal actual, que tutela - el mismo bien jurídico, pero del peligro que puede amenazarlo.

En su forma original el Código de 1931 no contenía - al delito en estudio, y es hasta el 14 de febrero de 1940 cuando aparece ésta figura típica. En un principio se limitaba al peligro de contagio de enfermedades venéreas y como único medio de transmisión

la relación sexual. A partir de la reforma del 21 de enero de 1991, se aumentó la tutela al bien jurídico; salud personal, al abarcar - cualquier enfermedad grave de carácter infectante y comprender cualquier medio de transmisión.

3.- El elemento objetivo material en este delito es - la simple conducta, consistente en la acción u omisión voluntarias, - mediante la cual debido a la enfermedad venérea o grave de carácter infectante que padece el agente, se coloca en situación de peligro - de contagio la salud del pasivo.

Esta figura típica no requiere de un resultado material por tratarse de un delito de peligro, de mera conducta. Por lo tanto el resultado producido es de naturaleza formal.

4.- Dentro de la descripción típica encontramos un - presupuesto de carácter material; consistente en el estado anormal de salud del sujeto activo, por un mal venéreo o una enfermedad grave de carácter infectocontagioso preexistente a la realización de la conducta.

Es importante precisar el término "enfermedad grave" por lo ambiguo que resulta, proponiendo al igual que se realiza con los narcóticos, se precise en la Ley penal o sanitaria, las enfermedades infectocontagiosas consideradas graves. Toda vez, que el spli-

cador de la ley, carece en ocasiones del conocimiento específico para valorar la gravedad de las enfermedades. En virtud que la Ley General de Salud es omissiva al respecto, precisando únicamente que enfermedades son consideradas transmisibles. (Artículo 134)

5.- En el delito del peligro de contagio se establece una doble calidad que debe reunir al sujeto activo; que tenga alterada su salud por una enfermedad venérea o grave en período infectante, y además; debe saberlo, es decir; que tenga el conocimiento previo de la enfermedad que padece.

6.- Este delito es un tipo penal casuísticamente formado, ya que describe innecesariamente las formas de ejecutar el delito. Esto es; la relación sexual, o bien, cualquier otro medio de transmisión, acumulando sucesivamente la descripción de los medios; en principio manejando un medio específico; la relación sexual, y posteriormente; adicionando un genérico, que abarca en su totalidad al primero. Toda vez, que la relación sexual está comprendida en el género; medio de transmisión.

7.- El delito del peligro de contagio puede cometerse dolosa o culposamente.

8.- Es importante adicionar el artículo 199 bis en cuanto a la punibilidad, estableciendo una reclusión hospitalaria - previa al cumplimiento de la sanción, a efecto de erradicar al agente patógeno mediante un tratamiento médico, cuando ésto sea posible, y en caso contrario, establecer un sitio especial para el cumplimiento de la sanción, evitando el riesgo de contagio entre la población penitenciaria.

Junto a la descripción típica encontramos una agravante a la penalidad; cuando la enfermedad grave de carácter infectocontagioso sea incurable.

9.- La descripción legal del artículo 199 bis establece como requisito de procedibilidad; la querrela del ofendido tratándose de cónyuges, concubenarios o concubinas.

10.- Este delito se consuma con la simple exteriorización de la conducta, que coloca en situación de peligro de contagio la salud del pasivo. Por lo tanto tratándose de éste delito no se puede presentar la tentativa.

11.- Resulta notoria la necesidad de ampliar la aten-

ción médica en forma preventiva; conscientizando a la población de -
los riesgos que representa contraer alguna enfermedad venérea o gra-
ve de carácter infectante, y de las medidas que debe tomar quien la
padece para lograr su curación y evitar el posible contagio.

BIBLIOGRAFIA.

- 1 . - Antón Orosa, José. Derecho penal. Parte general. Ed. Aikal .
Madrid. 1986.
- 2 . - Carrancá Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte Ge-
neral. Ed. Porrúa. México. 1977.
- 3 . - Carrancá Trujillo, Raúl. Las causas que excluyen la incri-
minación. México. 1944.
- 4 . - Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales de De-
recho Penal. Ed. Porrúa. México 1993.
- 5 . - Ceniceros, José Angel y Garrido, Luis. La ley penal mexica-
na. Ed. Ediciones Botas. México. 1954.
- 6 . - Cuello Calán, Eugenio. Derecho Penal. Parte general. Tomo I
Ed. Editora Nacional. 9na ed. 1976.
- 7 . - Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Principios del -
Derecho Penal. Ed. Sudamericana. Buenos Aires. 1967.
- 8 . - Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad. Ed. Porrúa -
México. 1972.

- 9 . - Jiménez Huerta, Mariano , La Tipicidad . Ed. Porrúa . - México. 1955.
- 10 . - Landaburi Laureano. El Delito como Estructura. Revista de Derecho Penal. Tomo I y III, Buenos Aires.
- 11 . - Mancilla Ovando, Jorge A. Teoría Legalista del Delito. - Ed. Porrúa S.A. México 1989.
- 12 . - Mesger Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II . Traducción de Rodríguez Ramos J. 3era ed. Madrid 1957.
- 13 . - Pavón Vasconcelos Francisco y otro. Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal. Ed. Porrúa. México 1992.
- 14 . - Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. 5ta ed. México 1982.
- 15 . - Petrocelli, Biagio . Principi di diritto penale . 3era ed. Napoli. 1950.
- 16 . - Forte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Ed. Porrúa. 14ava ed. México. 1991.
- 17 . - Forte Petit Candaudap, Celestino. Apuntes de la parte general de Derecho Penal. Tomo I. México, 1960.

- 18 . - Forte Petit Candauap, Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal. Ed. U.N.A.M. México 1968.
- 19 . - Ruiz Pena Federico . Derecho Penal . Tomo I . Madrid. 1955.
- 20 . - Sains Cantero José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Ed. Bosh Casa Editorial. 3era ed. Barcelona 1990.
- 21 . - Soler , Sebastian . Derecho Penal Argentino . Tomo II . - Buenos Aires 1951.
- 22 . - Villalobos , Ignacio. Derecho Penal Mexicano . Ed. Porrúa México . 1960 .
- 23 . - Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general. Ed. Cárdenas Editor. 6ta ed. Buenos Aires. 1986.
- 24 . - Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Tomo III. Ed. Cárdenas Editor. Buenos Aires. 1988.

LEYES Y CODIGOS.

- 1.- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa S.A. México 1995.**

- 2.- **Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal. Editorial Pac, S.A. de C.V. México 1995.**

- 3.- **Ley General de Salud. Editorial Porrúa. S.A. - Novena edición. México 1993.**

- 4.- **Ley de Salud para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México 1993.**

Nota—
esta tesis presento
en su totalidad Falle
de Origen