



321909
9
24.

**CENTRO DE ESTUDIOS
UNIVERSITARIOS**

**ESCUELA DE DERECHO
CLAVE U.N.A.M. 3219**

TIPOS COMPLEJOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANDREA) FONTES GONZALEZ

ASESOR: LIC. SERGIO T. MANCERA RODRIGUEZ

CIUDAD DE MEXICO

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

EN MEMORIA DE :

Mi Abuela Materna

† **DOÑA MA. DEL CARMEN ISAURA MERCADO MÉNDEZ**

Mi Señor Padre

† **GRAL. DE DIV. DON MANUEL FONTES BUELNA**

Y del

Doctor en Derecho

† **DON MARIANO HERRERA Y BORRELL**

*A quienes les dedico este trabajo
con mi más profundo Amor, Respeto,
Admiración y Gratitud.*

A DIOS, gracias por estar siempre conmigo y darme una gran Madre; por permitirme llegar hasta este momento tan importante en mi vida, y sobre todo, por regalarme un instante de la eternidad.

A ti MAMÁ, con mi mayor gratitud por todo, no sólo por ser el mejor ejemplo a seguir, mi Madre y Amiga, sino también por ser el motivo de mi existencia y superación, y sobre todo por haberme dado la vida; gracias a ti, existo.

*Al Señor Licenciado en Derecho
Magistrado **JOSÉ DE GUADALUPE
CARRERA DOMÍNGUEZ**, por ser
mi gran apoyo y ejemplo en el campo
profesional y sobre todo, por brindarme
una verdadera amistad, que es lo más
valioso que el ser humano posee.*

*A ustedes **MARIANO Y DIEGO
HERRERA Y GAYTÁN**, deseándoles
que en un futuro muy cercano, elijan ser
Licenciados en Derecho, siguiendo el
ejemplo de sus Abuelos, Padre y mío,
con todo mi cariño.*

*A usted Licenciado en Derecho
**MARIANO F. DE J. HERRERA
Y AGUILAR**, con profundo cariño
y agradecimiento, por el gran apoyo
que de su parte he recibido día con
día.*

*A la Señora Licenciado en Derecho
MERCEDES ARCE DEL RÍO,
Juez Décimo Primero Penal en el
Distrito Federal, por brindarme su
amistad y sobre todo, por ayudarme
a alcanzar esta meta; mi infinito
agradecimiento.*

*Al señor Licenciado en Derecho
EUGENIO RAMÍREZ RAMÍREZ,
Juez Quincuagésimo Octavo Penal en el
Distrito Federal, quien generosamente
me ha compartido sus conocimientos.*

*A mi Padrino, Señor Licenciado en
Derecho **SERGIO T. MANCERA
RODRÍGUEZ,** con mi profundo
agradecimiento por el valioso
tiempo que me dedicó y los
conocimientos que me transmitió,
incursionándome en áreas
totalmente nuevas.*

A mis Tíos y Primos, con todo mi cariño, deseando que esta familia, de la cual formamos parte, siga siendo de sobresalientes profesionistas, y de los que nos sentimos orgullosos cada día.

*A mis **MAESTROS**, fuentes inagotables del saber, mis infinitas gracias por transmitirme sus conocimientos y muy especialmente a Usted, Señor Licenciado en Derecho **ENRIQUE SALCEDO LEZAMA**, gracias.*

A Ustedes, mis compañeros de estudio y trabajo, con mi más grande agradecimiento, por brindarme su apoyo, comprensión y en algunos casos, su amistad.

TIPOS COMPLEJOS.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TIPO	12
1.- Antiquo Oriente.....	13
2.- El Derecho Penal Romano	15
3.- Derecho Penal Precortesiano	16
4.- Derecho Penal Colonial	17
5.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871	18
6.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929	21
7.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1931	23
8.- Desarrollo Histórico del Tipo	24
CAPITULO SEGUNDO	
EL TIPO.....	34
1.- Concepto	34
a) Diferencia con el delito	42
b) Diferencia con cuerpo del delito	43
2.- Elementos del tipo	46

a) Elementos objetivos	46
b) Elementos subjetivos	56
c) Elementos subjetivos específicos	61
d) Elementos normativos	64
3.- Clasificación del tipo	65
a) Tipo básico, fundamental o autónomo	65
b) Tipo subordinado o dependiente	65
c) Tipo abierto	65
d) Tipo cerrado	66
e) Tipo de resultado material	66
f) Tipo de resultado formal o de peligro	66
g) Tipo de formulación estricta	66
h) Tipo de formulación libre	66
i) Tipos complejos	66

CAPITULO TERCERO

EL TIPO DE HOMICIDIO

1.- El tipo de homicidio	67
2.- Presupuesto	68
3.- Elementos del tipo	72
a) Elementos Objetivos	72
b) Elementos Subjetivos	90
4.- Tipos circunstancialmente complementados subordinados privilegiados del homicidio	92
5.- Tipos circunstancialmente complementados subordinados cualificados del homicidio	95
6.- Tipos calificados por circunstancias de parentesco	101

CAPITULO CUARTO

EL TIPO DE VIOLACIÓN

1.- El tipo de violación	105
2.- Elementos del tipo	106
a) Elementos objetivos	106
b) Elementos subjetivos	120
3.- Violación impropia o violación por	

equiparación	120
4.- Violación ficta o instrumental	131
5.- Violaciones calificadas	137

CAPITULO QUINTO

EL TIPO DE ROBO.....139

1.- El tipo de robo	139
2.- Elementos del tipo	140
a) Elementos objetivos	141
b) Elementos subjetivos	148
c) Elementos normativos	149
3.- Tipos circunstancialmente complementados subordinados calificados	152
4.- Tipos especiales	154

CAPITULO SEXTO

ALLANAMIENTO DE MORADA.....157

1.- Tipo	157
2.- Elementos del tipo	159
a) Elementos objetivos	160
b) Elementos subjetivos	164
c) Elementos normativos	165

CAPITULO SEPTIMO

TIPOS COMPLEJOS Y CONCURSO DE DELITOS 166

1.- Los tipos complejos contemplados en nuestro Código Penal	167
2.- Concurso de delitos	172
a) Concurso ideal	173
b) Concurso real	175
3.- Aplicación de pena en los concursos de delitos	177
a) Concurso Ideal	179
b) Concurso real	181
4.- Aplicación de pena en los tipos complejos	184
5.- Consideraciones que se emiten al respecto	189

CONCLUSIONES..... 191

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

El derecho debe responder a las necesidades de la sociedad; por ello, resulta de vital importancia que se realicen reformas a las leyes que nos regulan. Sin embargo, el Código Penal de 1931 ha sufrido un sin número de reformas que, lejos de otorgar una mejor aplicación, crean una serie de conflictos de norma, que en la mayor de las veces, al resolverse, generan injusticia o impunidad.

Por todos es conocido que nuestro Poder Legislativo se encuentra conformado por personalidades con precarios conocimientos del Derecho, de ahí que las reformas que hacen a nuestras leyes; aún cuando la iniciativa de las mismas, en la mayoría de los casos, proceden del Ejecutivo, se encuentran plagadas de contradicciones y carentes de técnica jurídica. Tal es el caso de los tipos complejos, en los cuales unieron dos tipos y aplicaron, según su entender, una pena más grave.

El objetivo del presente trabajo es demostrar que esa "pena más grave" que se pretendió imponer cuando el Homicidio se dá con motivo de un robo, una violación o un allanamiento de morada, no da el resultado que se esperaba. Para ello partiremos de hacer un breve recorrido histórico a través de diversas

legislaciones punitivas que han regido en nuestra Ciudad; realizaremos un profundo estudio del delito de homicidio, así como de los tipos que forman el precepto complejo tales como lo son: robo, violación y allanamiento de morada, para finalmente cumplir con nuestro objetivo y emitir algunas consideraciones y propuestas al respecto.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TIPO

1.- Antiguo Oriente. 2.- El Derecho Penal Romano. 3.- Derecho Penal Precortesiano. 4.- Derecho Penal Colonial. 5.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871. 6.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929. 7.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1931. 8.- Desarrollo Histórico del tipo.

La necesidad de establecer una seguridad y equidad en la represión punitiva, trajo como consecuencia la creación del Derecho escrito, con el cual se obligaba a una generalidad y consistencia, limitando así el arbitrio de los que aplicaban la ley.

Pues bien, el tipo tiene su origen precisamente en el Derecho punitivo. Consideramos que el primer tipo que existió lo fue la famosa "Ley del Talión", la cual en la actualidad se ha resumido en "ojo por ojo, diente por diente", siguiéndole a ella la "Composición", una especie de Reparación del Daño.

En el presente capítulo realizaremos un breve recorrido histórico en él se señalarán las codificaciones más importantes que han existido, constatando que todas ellas están configuradas

por tipos.

1.- El Antiguo Oriente:

La codificación más antigua de que se tiene conocimiento, es el Código de Hammurabi, del siglo XXIII antes de Cristo, mismo que contenía algunos tipos, que en síntesis ordenaban la Ley del Talión:

"Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierde el ojo suyo".

"Art. 197.- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo".

"Art. 229.- Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, dése muerte a aquél maestro".

"Art. 230.- Y si mata al hijo del dueño, dése muerte al hijo del maestro de obras".

"Art. 206.- Si alguno toca a otro en riña y le ocasiona una herida, jure "no le herí con intención" y pague al médico"

"Art. 251.- Si el buey de alguno es peligroso y el propietario sabiéndolo, no le hace los cuernos y deja de atarle, y el buey hiere a un libre y le mata, pague el dueño media mina de plata".

"Art. 266.- Si en el establo ocurre golpe de Dios o asáltale el león y jure el pastor ante Dios y soporte el amo

el daño que ocurrió en el establo".(1)

Por lo que toca a Israel, su codificación más antigua lo es el "Pentateuco Mosáico", que data del siglo XIV antes de Cristo y en el que se contemplaban figuras típicas tales como:

"El que golpeé a su prójimo de modo que le deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro". (2)

En el Derecho penal Hebreo encontramos como características más sobresalientes el Talión, el cual habría tenido un puro sentido metafórico, indicando la proporcionalidad de la pena, en tanto que para otros, el "ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre" habría tenido sentido literal y así se habría aplicado entre los hebreos.

"Considerando a los Diez Mandamientos como fuente del Derecho, sobre su base se elaboraron los preceptos jurídicos penales y a ese derecho se conoce como "Derecho Penal Mosáico" (originado en la ley de Moisés)". (3)

Sin lugar a duda, los Diez Mandamientos, constituyen la norma tutelada por los tipos fundamentales de toda legislación

(1).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- Derecho Penal Mexicano. Parte General.- 8ª Edición.- Editorial Porrúa, México, 1967.- Pág. 55.

(2).- Idem.- Pág. 56.

(3).- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.- Manual de Derecho Penal.- 2ª Edición, Editorial Cárdenas.- México, 1980.- Pág. 151.

penal, como son el homicidio, el robo, el adulterio, etcétera.

2.- El Derecho Penal Romano:

Como es sabido, Roma no alcanzó un verdadero esplendor en el Derecho Penal, no obstante, su codificación denominada Ley de las XII Tablas, también tenía como objetivo el derecho escrito configurado de tipos y penas; en su época clásica cumplieron con este objetivo las Instituciones Justinianas y los Digestos.

Existían tipos tales como: "Por la fractura de un hueso o un diente a un hombre libre, pena de trescientos ases; a un esclavo, ciento cincuenta ases".

Como podemos observar la pena era distinta si se trataba de un hombre libre o bien de un esclavo; no obstante esto brinda seguridad de que los hombres libres, por tener esa calidad, siempre se les aplicaría esa pena; en tanto que a los esclavos por status debían de pagar una pena mayor.

El Derecho Romano también nos legó vocablos que actualmente se siguen usando en el Derecho Penal tales como:

delictum, poena, carcer, crimen, supplitium, injuria, dammun, furtum, animus, lucrandi, etcétera y la frase básica del origen del tipo.

"*Nulla Poena Sine Lege*". No hay pena sin Ley.

Es decir, si el tipo no existe, no podrá aplicarse pena.

3.- Derecho Penal Precortesiano:

La codificación más antigua conocida, de la época precolombina, es el Código Penal de Netzahualcóyotl, regía para los texcocanos y en el cual encontramos figuras típicas como:

"Si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viendo él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados, en el tianguis".(4)

"La adúltera y el cómplice, si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriésen apedreados y para la justificación fuese bastante la denuncia del marido; pero si éste no los aprehendiése en el delito, sino que por sospecha los acusase a los jueces y se averiguáse ser cierto, muriesen ahorcados". (5)

"Al adúltero si le cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos apedreados; y si era por

(4).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- *Ob Cit.* Págs 73 y 74.

(5).- *IDEM.*- Págs. 73 y 74.

indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad en que estaban aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras".(6)

"Los adúlteros que mataban al adúltero, el varón moría asado vivo y mientras se iba asando lo iban rociando con agua y sal hasta que allí perecía; y si era señora o caballero los que hacían adulterio, después de haberles dado el garrote les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar".(7)

Como se advierte, el adulterio era sancionado con pena de muerte tanto para la mujer como para el hombre adúlteros, ya sea que hubiésen sido sorprendidos en flagrante delito o bien existiese violenta sospecha por parte de la parte ofendida.

Así mismo en la recopilación de Leyes de Indias de la Nueva España, se advierten figuras típicas idénticas a las de las antes señaladas.

4.- Derecho Penal Colonial:

El derecho que se aplicó en la época colonial,

(6).- IDEN.

(7).- Ob. Cit.- Págs.73 y 74.

se encontraba integrado de infinidad de Leyes y codificaciones tales como: Las Leyes de Indias, El Cedulaario de Puga, las Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano, la Recopilación de Encinas, la Gobernación Espiritual y Temporal de Las Indias, el Libro de Cédulas y Provisiones del Rey, los Nueve Libros de Diego de Zorilla, los Sumarios de Rodrigo Aguilar, la Recopilación de Cédulas el Proyecto de Solórzano, el de León Pinedo, Las Leyes de Minerías, Las Intendentes de Ejército.

5.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871:

Consumada la Independencia y siendo Presidente de la República Mexicana el Licenciado Benito Juárez, encomendó a Don Jesús Terán, la integración de la Primera Comisión Redactora del Código Penal de 1871, comisión que estuvo integrada por los señores Licenciados Ezequiel Montes, José María Herrera y Zavala, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Sin embargo, los trabajos de esta Comisión Redactora quedaron suspendidos por la Intervención Francesa, poniéndose en vigor por instrucciones del Emperador Maximiliano de Habsburgo, el Código Penal Francés.

Superada la crisis que dejara la Intervención Francesa, el 28 de septiembre de 1868, el "Benemérito de las Américas" ordenó reorganizar la Segunda Comisión Redactora, misma que dió

origen a nuestra primera Legislación Punitiva, puesta en vigor el 1º de abril de 1872.

En la exposición de motivos de esta Ley Sustantiva, el Licenciado Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión Redactora, nos hace saber los lineamientos adoptados para su realización al decir:

"Nada hay que no sea grave y difícil en un Código Penal; pero lo más delicado de él por su trascendencia, el trabajo verdaderamente cardinal consiste, sin disputa, en la elección de las penas. Sobre este punto están conformes los criminalistas modernos en que la pena por excelencia, y la que necesariamente debe servir de base a un buen sistema penal, es la prisión aplicada con las convenientes condiciones, como la única que, a las calidades de divisible, moral, revocable y en cierto modo reparable, reúne las de ser aflictiva, ejemplar y correccional".

"Las más importantes de todas estas circunstancias, son sin duda las tres últimas, pues con ellas se alcanza el fin único con que las penas se imponen, el de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan. En efecto, por medio de la intimidación, se alejará a todos del sendero del crimen; y por medio de la corrección moral del condenado, se afirmará éste en los buenos propósitos que la pena le haya hecho formar, y que de otro modo quebrantaría muy fácilmente. Los legisladores antiguos y casi todos los modernos no han empleado, sino el primero de estos dos medios, curándose muy poco o nada del segundo; a pesar de que, como observa un respetable autor, hace muchos siglos que el jurisconsulto Paulo dijo: "pena constituit inmedationem hominum". (8)

Como se puede apreciar, el Código Penal de 1871, seguía los postulados de la Escuela Clásica, importaba más la creación

(8).- MARTINEZ DE CASTRO, ANTONIO.- Exposición de Motivos del "Proyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Noviembre 6 de 1989.

de delitos e instrumentación de las penas que el delincuente, "conjuga la justicia absoluta y la utilidad social".

En efecto, la pena de prisión constituye una de las mejores penas, sin embargo, ésta no debe servir como ejemplo, su función principal es la corrección y la readaptación, puesto que considerarla como ejemplar nos haría regresar a la época de la Santa Inquisición, de donde las ejecuciones se realizaban en el centro de la plaza principal de la localidad, sirviendo de espectáculo a todo el pueblo que acudía a presenciarla con morbo y curiosidad.

Este sistema represivo establecía como base de la responsabilidad penal, la moral fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad. Catalogaba rigurosamente las atenuantes y las agravantes, dándoles valor progresivo matemático.

Así mismo reconoció "excepcional y limitadamente el arbitrio judicial (art.66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (art. 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota aflictiva, y se organiza el sistema celular (art. 130). No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales (art. 94). Por último, se formula una tabla de probabilidad de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (art.325)".(9)

(9).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- Ob. Cit. Pág. 94

El Código de 1871, fue conocido también como el de Martínez de Castro, por haber sido éste el Presidente de la Comisión Redactora, fue publicado en el Diario Oficial número 348, Tomo V, el día jueves 14 de diciembre del mismo año, para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en materia federal.

6.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.

En el año de 1929 México se encontraba invadido del modernismo europeo, se adoptaban sus modas en el vestido, en el arte, en la música y también en la Ley; fue en ese tiempo en que el legislador empapado del glamour europeo, consideró que el Código Penal de 1871, resultaba sumamente anticuado con sus tendencias clásicas, se imponía una legislación punitiva moderna, adecuada a la época, en sí una Ley Sustantiva Penal Positiva.

Siendo Presidente de la República el Licenciado Emilio Portes Gil, por decreto del 9 de febrero de 1929, se publica en el Diario Oficial de la Federación número 23, Tomo LVI, del 30 de septiembre del mismo año, el Segundo Código Penal para el Distrito Federal, el cual entraría en vigor el día 15 de diciembre de 1929.

No obstante los buenos propósitos del Legislador, logró un producto totalmente positivista; pero demasiado anticuado en relación a Europa. Por lo cual Jiménez de Asúa afirma:

"Quienes se fíen de apariencias, hallarán inmediatamente al nuevo Código Mexicano entre las leyes oriundas del "Positivismo Penal". No voy a debatir en tan impropia coyuntura si ésto es un mérito o una desventaja, está lejos de mi designio fallar sobre una escuela que avejenta y retrasa. Tal vez hoy, en orden a las tareas legislativas, podría decirse que existe una escuela rusa, nacida del positivismo, pero remozada y más audaz". (10)

"Desde luego, el Código de México no es colindante con el de Rusia, sino con los principios que hace más de medio siglo trazaron los "Positivistas" Italianos. Tres de sus piedras de apariencia angular, responden a la orden "positivista". (11)

En efecto, este ordenamiento, se apegaba a los lineamientos que dieron origen al positivismo jurídico, dándole importancia a la defensa social a través de la individualización de las penas.

Sin embargo, dicho ordenamiento presentaba muchos errores de carácter técnico y ante los obstáculos constitucionalistas clásicos, precisamente esta contradicción fue la que propició

(10).- JIMENEZ DE ASUA.- Periódico El Universal, México, 18 de febrero de 1930.

(11).- JIMENEZ DE ASUA.- Ob. Cit.

la pronta muerte de este cuerpo punitivo.

Don Emilio Portes Gil, ante esta problemática, ordenó se constituyera una Comisión Revisora del Código Penal de 1929, integrada por los Licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Ceniceros, José López Lira y Carlos Ángeles; la cual al concluir sus trabajos y dado el gran número de enmendaduras realizadas, se percataron que de aquél Código Penal de 1929, no quedaba nada, de hecho habían dado origen a un nuevo Código Penal, el de 1931.

7.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1931.

El Código Penal de 1931, entró en vigor el 17 de septiembre de ese año; promulgado por el entonces Presidente de la República, Ingeniero Pascual Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931 y publicado en el Diario Oficial el día 14 del mismo mes y año.

Este ordenamiento sería de aplicación para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia Federal.

Este ordenamiento punitivo tiene una tendencia ecléctica, es decir, incluyó lineamientos positivistas, hasta donde el clasismo constitucional se lo permitía. El Ingeniero

Alfonso de la Teja Zabre, dentro de la Exposición de Motivos presentada al Congreso Jurídico Nacional expresa al respecto:

"Ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción penal. Sólo es posible la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: No hay delincuentes sino hombre. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar venganza privada, etcétera; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social".

"El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La escuela positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la Ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito".(12)

8.- Desarrollo Histórico del Tipo.

El eminente jurista Alfonso Reyes Echandía ha dividido el estudio del desarrollo histórico del tipo en seis etapas: a) La de su independencia; b) la del carácter indiciario de lo injusto; c) la de la ratio essendi de la antijuridicidad; d) de la Nueva Concepción Belingniana; e) la de su fase destructiva; y f) la actual.

 (12).- TEJA ZABRE, ALFONSO.- Código Penal de 1931, Revisado según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del Lic. Alfonso Teja Zabre, 4ª Edición, Ed. Botas, México, 1938. Págs.7-9.

A) Primera etapa: Antes de la revolución liberal, que surgió con los albores del siglo XVIII el arbitrio judicial era tan amplio que cualquier comportamiento considerado lesivo de intereses humanos, a juicio del juzgador, era susceptible de sanción. La inseguridad jurídica que una tal concepción implicaba, creó beligerante reacción que se concretó más tarde, por obra de juristas y pensadores liberales, en la normativización de ciertas conductas (matar a alguien, sustraer cosa ajena, etcétera), a las cuales se describió una determinada sanción; fue éste el comienzo de una corriente de humanización del derecho penal que cada vez amplió, o mejor, concretó aquéllos hechos humanos susceptibles de punición.

Con este pensamiento se llegó hasta los comienzos del siglo XIX, a la conquista de dos principios fundamentales:

1).- Las penas deberían de estar precisamente señaladas en la ley;

2).- Sólo era punible el hecho descrito en la ley y sancionado con pena.

Este era el panorama del Derecho Penal cuando surgió en Alemania la figura de Ernst Von Belling; su aporte fundamental consistió en la creación de un tercer principio que puede sintetizarse en la expresión: No hay delito sin tipicidad.

Para el profesor de Munich no era posible calificar

de delictuosa una conducta mientras de ella no se haya hecho una previa descripción abstracta en una norma positiva; sólo entonces puede afirmarse que la conducta es típica; la tipicidad surge así como un elemento autónomo del delito, de eminente naturaleza descriptivo - objetiva, e independiente del juicio de valor sobre su antijuridicidad y el contenido subjetivo de la conducta misma.

El Tatbestand Belinghiano nace, pues, como algo abstracto y objetivo; lo primero porque no pertenece a la vida real sino a la ley; y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta.

Para el maestro Ernst Von Beling, una definición jurídico-científica del delito debía de comprender todos los elementos que permitieran caracterizar un fenómeno de la experiencia como delito y había de poder resolver adecuadamente todos los problemas de su fenomenología, tales como los de coparticipación, concurso y grados desde su concepción hasta su postconsumación.

Con el objeto de satisfacer tales exigencias Beling define el delito como "una acción típica, contraria al derecho, culpable, adaptable a una pena y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad.

Esta definición presenta dos grandes innovaciones: los conceptos de tipicidad y de condiciones objetivas de penalidad.

El tipo, al que hemos hecho referencia, es para Beling la base técnica para dar unidad a toda la fenomenología jurídica del delito, la clave de su construcción orgánica, de tal manera que sin ella, no sería posible lograr una explicación unitaria y coordinada del mismo.

En cuanto a las condiciones objetivas de penalidad, comprenden todas aquellas circunstancias que, no constituyendo caracteres de un delito determinado ni influyendo en la existencia o inexistencia de la acción, de la ilegalidad, de la culpabilidad ni de la punibilidad determinan, sin embargo, la presencia o la ausencia del delito.

B) Segunda etapa: Para Max Ernst Mayer, vulgarizador de la teoría de la tipicidad bosquejada por Beling, ésta, si bien independiente de la antijuridicidad, está sin embargo a ella ligada por un vínculo indiciario, en cuanto que considera que su función no es simplemente descriptiva sino reveladora de una contrariedad entre la conducta y las normas de cultura legalmente reconocidas. Es claro que el indicio de antijuridicidad que el tipo penal contiene puede destruirse cuando se demuestre que, a pesar de ser típica, la conducta en concreto no lesiona el ordenamiento jurídico. El propio Mayer se refirió al caso de los ingenieros que, con el objeto de defender una determinada plaza, inutilizan el puente por donde podría pasar el enemigo; si bien en esta hipótesis la conducta

es típica; en cuanto penalmente descrita, carece de antijuridicidad porque estaría justificada.

C) **Tercera etapa:** Por la misma vía de Mayer, pero yendo mucho más lejos, Edmun Mezger situó la tipicidad dentro de la antijuridicidad, puesto que la estudió como un capítulo de ésta.

Para el profesor de Munich, "la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad y no un mero indicio de la misma". El tipo, dice, en el propio sentido jurídico penal "significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal". Crease en esta forma una antijuridicidad penal de contenido propio y, por lo mismo, diversa de una antijuridicidad in genere. Resulta así claro que para este autor el delito sea una conducta típicamente antijurídica.

En una nueva presentación del problema Mezger ratificó su posición precedente; pero ahora la situó, al lado de un aspecto externo de lo injusto en el que involucra al tipo legal, un aspecto interno en donde se ocupó del estudio de los llamados "elementos subjetivos de lo injusto", que en el fondo son realmente elementos subjetivos del tipo.

D) **Cuarta etapa:** Las críticas a las que fue sometida su inicial teoría indujeron a Beling a replantearla en una

interesante obra que salió a la luz pública en 1930.

La idea medular de esta nueva concepción consistió en distinguir entre la figura rectora (*Leitbild-tatbestand*) y el tipo del delito (*Deliktstypus*); aquélla era una imagen, "una categoría sin contenido", un "concepto funcional" que ejerce un papel orientador del Derecho penal; es el "matar a un hombre", o el "apoderarse de una cosa mueble ajena", sobre ella recaen y en ella caben lo injusto normativo y la culpabilidad; ésta es, en cambio, el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese cuadro; fue realmente una especie delictiva compuesta de una pluralidad de elementos, expresos o ínsitos, de naturaleza objetiva o subjetiva que se orientan hacia la imagen unitaria del *Leitbild* y de la cual se nutre.

En suma, el carácter funcional-relativo del *Tatbestand* y su relación de dependencia en cuanto al contenido de un cierto tipo de delito, acarrea cuatro consecuencias:

a) Ninguna conducta humana podría ser juzgada *a priori* por el jurista como un *Tatbestand* legal que yace en la esfera del derecho vigente.

b) Una especie de conducta que aparece como *Tatbestand* de un determinado -tipo de delito-, puede revestir

importancia para otro, pero en este caso jugaría un papel visiblemente distinto. Por ejemplo: -La muerte de un hombre- se requiere tanto para el asesinato como para la lesión corporal con resultado de muerte, pues es exigida por ambos -tipos de delito-, pero solamente el primero conforma el *Leitbild* común a los elementos subjetivo y objetivo. En cuanto al segundo, la muerte es un mero aspecto que se agrega al lado objetivo, ya que la -figura rectora- (*Leitbild*) surge aquí con el -maltrato o daño a la salud-, que corresponde a la parte subjetiva.

c) Es posible que exista una misma -figura rectora- para varios -tipos del delito-, por ser idéntico el *Tatbestand* legal, y esos *Deliktstypen* se diferenciarían entonces, en cuanto al dolo o la culpa exigidos para conformar el *Leitbild* o en virtud de características del tipo penal; pero estas diferencias serían sólo adiciones objetivas a la realización del *Tatbestand* (lesión corporal con resultado de muerte, en comparación con la lesión corporal simple) o adiciones subjetivas al dolo o a la culpa (muerte dolosa con premeditación, muerte dolosa sin premeditación).

d) De diferentes tipos de delito surgieron sendas figuras rectoras que podían aparecer con caracteres comunes, mostrándose como la imagen representativa amplia y estricta; por ejemplo: -*Tatbestand* del hurto- y -*Tatbestand* del hurto con

fractura- (robo).

De acuerdo a este planteamiento, el tipo no es ya para Beling "el hecho objetivado y abstracto conceptualmente descrito por sus elementos materiales en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva". En estas condiciones, el derecho penal se reduce a un catálogo de tipos delictivos, y la antijuridicidad lo mismo que la culpabilidad subsisten pero como notas conceptuales, de la acción punible, como caracteres externos de la tipicidad entendida en el sentido de adecuación típica (*Tatbestandmässigkeit*). De aquí se desprende que sólo es ilícita y, por ende, susceptible de sanción penal, la conducta típicamente antijurídica y culpable.

Por otro lado, Fastino Ballve apuntó que Beling, con intuición genial, dió el tercero y decisivo paso en el camino de la individualización del derecho penal dentro de la sistemática jurídica; y agrega: "El primero lo dió Merkel al corregir la falsa ruta de los antiguos penalistas que creyeron individualizar el derecho penal sobre la base de una injusticia penal específica y afirma que no había más que una injusticia. El segundo lo dió Binding al caracterizar la injusticia penal, dentro del concepto unitario de injusticia, como infracción de la norma".

La conquista científica de Beling, consistió en haber purgado la técnica penal de elementos extraños eliminando de la dogmática del delito las injerencias de orden teórico (filosóficas y científicas), construyendo toda la fenomenología del delito sobre la base técnico formal del tipo en vez de los elementos materiales y no jurídicos como la causalidad y la culpa.

E) Quinta etapa: El Derecho penal alemán de la época hitleriana, influido por la concepción nacionalsocialista del Estado, al destruir los principios fundamentales del derecho penal liberal, tales como el del *nulum crimen nulla poena sine lege*, tuvo que renegar de la tipicidad porque ella se convertía en obstáculo para la punibilidad de conductas que significasen un peligro al nuevo orden políticojurídico.

El titular de esta corriente destructora fue George Dahm, para quien el único criterio válido de ilicitud fue la potencialidad que el hecho tiene de vulnerar o poner en peligro el orden moral que emerge del pueblo y de la raza. De conformidad con este planteamiento, "antes que a la tipicidad de la conducta, el juez debe mirar a su capacidad de lesionar tales intereses; en la balanza de la justicia, de un lado está el hombre con su comportamiento y del otro la comunidad ultrajada; los demás son criterios formales que deben ser

desestimados".

"Y no es de extrañar una tan peregrina y peligrosa tesis, pues, como adelante lo indicaremos, la tipicidad como función garantizadora de la libertad individual, es patrimonio de los regímenes democráticos y letra muerta -por razones que no es del caso discutir aquí en los Estados totalitarios". (13)

El concepto actual será estudiado ampliamente en el siguiente capítulo.

(13).- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- Tipicidad. Editorial Temis.- 5ª Edición.- Bogotá, Colombia, 1989.- Págs 2 a 7.

CAPITULO SEGUNDO

EL TIPO

1.- Concepto: a). Diferencia con el delito. b). Diferencia con Cuerpo del Delito. 2.- Elementos del tipo: a). Elementos objetivos. b) Elementos subjetivos c) Elementos subjetivos específicos d) Elementos Normativos 3.- Clasificación del Tipo: a). Tipo básico, fundamental o autónomo. b). Tipo subordinado o dependiente. c). Tipo abierto. D). Tipo cerrado. e). Tipo de resultado material. f). Tipo de resultado formal o de peligro. g). Tipo de formulación estricta. h). Tipo de formulación libre. i). Tipos complejos.

El término " tipo " dentro del mundo jurídico, se ha convertido en uso exclusivo del Derecho Penal.

Muy frecuentemente el tipo se ha confundido, e incluso utilizado, de manera por demás incorrecta, como sinónimos de delito y cuerpo del delito; de ahí la necesidad de analizar en el presente capítulo un estudio integral de éste elemento del delito, marcando la diferencia con las figuras indicadas y un análisis de cada una de las clases de tipo que existen.

1.- Concepto.

Existe una infinidad de conceptos de tipo, sin embargo, todos ellos comulgan en los mismos elementos: descripción,

conducta y pena.

A continuación transcribiremos algunos de ellos, y para finalizar, trataremos de establecer un concepto propio.

Para el Maestro Mexicano José Arturo González Quintanilla, tipo es:

"La descripción de las conductas que, de llevarse a cabo, serán acreedoras de penalidad." (14)

El renombrado penalista Alfonso Reyes Echandía nos dice:

"El vocablo tipicidad - del Latín "typus" y éste, a su vez, del Griego "turos" en su acepción trascendente para el derecho penal significa símbolo representativo de una cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que suministra fisonomía propia... Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella. Podemos, pues, definir el tipo penal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible". (15)

(14).- GONZALEZ QUINTANILLA, JOSE ARTURO.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A..- 1ª Edición.- México, D.F., 1991.- Pág. 229.
(15).- Ob. Cít. Pág.17.

Por su parte, el maestro Ignacio Villalobos, lo conceptúa como:

"Una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe. "La función del tipo se destaca, entonces, como descriptiva de la base estructural de un grupo o de una especie de delitos, pero al fin y al cabo como descriptiva de algo que, admitido que luego debe ser "captado" por alguna de las formas de la culpabilidad, inevitablemente presupone la valoración de las conductas descritas, para entresacarlas de la inmensa variedad de actuaciones humanas y señalar sólo aquellos comportamientos tenidos (en condiciones normales) como antijurídicos, y como antijurídicos precisamente correspondientes al orden penal, a reserva de que en la práctica se confirme, se desvirtúe o se matice la calificación de esa base sustantiva por la concurrencia de una real antijuridicidad y un elemento subjetivo de culpabilidad, por la ausencia de alguno de esos factores del delito." (16)

Para el eminente penalista Mariano Jiménez Huerta nos dice:

"Las figuras típicas son los marcos que delimitan los hechos punibles y los pórticos de entrada a sus territorios profundos." (17)

El connotado penalista alemán Hans Welzel asegura que debe vertirse un concepto de tipo en sentido amplio y en

(16).- VILLALOBOS, IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A.- 5ª Edición.- México, D.F., 1990.- Pág. 267.

(17).- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- La Culpa.- 1ª Edición.- Ediciones Lener, Buenos Aires, Argentina, 1970.- Pág. 61.

sentido restringido.

La disposición penal particular contiene la descripción de la materia de la prohibición como núcleo esencial, pero, sin embargo, sólo como una parte de otros presupuestos de la punibilidad. Este conjunto de los presupuestos de la punibilidad es designado todavía con frecuencia, persistiéndose en el antiguo uso no técnico de la expresión, igualmente como "tipo", lo que trae confusión (Tipo = ley penal). Ambos significados de la palabra tipo, naturalmente han de ser diferenciados rigurosamente.

"El tipo en sentido amplio o el conjunto de los presupuestos de la punibilidad comprende:

"a). El tipo en sentido restringido o la materia de la prohibición penal, que circunscribe materialmente la conducta prohibida. Constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio), sobre todo en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado". Por el contrario, en los delitos culposos, el tipo en sentido restringido se refiere generalmente solo al resultado;"

"b). La antijuridicidad, como presupuesto evidente de todo delito, en la mayoría de las disposiciones penales no es mencionado;

"c). La culpabilidad, esto es, la reprochabilidad. Como elemento evidente del delito tampoco es mencionado de modo especial en las disposiciones penales;

"d). Las condiciones objetivas de punibilidad. Por regla general, los tres elementos del delito: tipo, antijuridicidad y culpabilidad dan lugar, sin más, a la punibilidad. En algunas pocas disposiciones, no obstante, la punibilidad depende de condiciones posteriores radicadas fuera de los elementos del delito." (18)

Finalmente el gran penalista Eugenio Raúl Zaffaroni nos explica, el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

El tipo pertenece a la ley. Es en la ley donde hallamos los tipos penales: en la "parte especial" del Código Penal y en las leyes especiales. Dicho más concretamente aún, tipo son "el que mataré a otro", "el que causaré un aborto si obraré sin consentimiento de la mujer", "el que causaré a otro un daño en el cuerpo o en la salud", "los que contrayeren matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta", etcétera. "Tipos" son formulas legales mismas, de la especie de las que mencionamos es decir, las fórmulas que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.

(18).- WELZEL, HANS.- Derecho Penal Alemán.- Editorial Jurídica de Chile.- 3ª Edición Castellana.- Chilo, 1987. Pág. 87.

El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo nos pondríamos a averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna.

Por ejemplo, si tuviésemos que averiguar si es delito la falta de pago de una cuota del precio de compra de una lavaropas y no dispusiéramos del concepto del tipo penal, primero veríamos que se trata de una conducta; luego comprobaríamos que la conducta es antijurídica porque el incumplimiento de una obligación civil es contrario al derecho, luego comprobaríamos que es culpable, porque pudo el deudor pagar y le era exigible que lo hiciese y, por último, después de todas esas comprobaciones, resultaría que esa conducta antijurídica y culpable no es delito, porque no está conminada con una pena por la ley penal. De esto depende nuestra afirmación de que el tipo es lógicamente necesario para una racional averiguación de la delictuosidad de una conducta.

El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son lo más importante para individualizar una conducta y entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción.

No obstante, los tipos no son a veces absolutamente

descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valoritativo jurídico o ético. "Cuando el Código Penal se refiere a la "Mujer", precisar lo que es una mujer no requiere valorización alguna, porque el concepto de mujer es descriptivo. Pero cuando el Código Penal, pena al que "emplearé intimidación o fuerza contra un funcionario público", el concepto de "funcionario público" no es descriptivo, sino que depende de una valorización jurídica, es decir, que es el derecho el que nos dice quiénes son funcionarios públicos ("Por los términos "funcionarios públicos" y "empleados públicos", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente").

Al hurto, dicha codificación lo define como el apoderamiento ilegítimo de una "cosa" mueble; el concepto de "cosa" tampoco es descriptivo, sino que debemos acudir a la valorización jurídica que está hecha en el Código Civil: "Se llaman cosas en este código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación". De igual forma, el citado ordenamiento penal, sanciona como estupro el acceso carnal con "mujer honesta mayor de doce años y menor de quince"; el concepto "honestidad" tampoco es un concepto descriptivo, sino que debe

FALTA PAGINA

No.

41

Es un supuesto conductal, pues describe conductas, o supone presupuestos de conductas, obviamente humanas, que de realizarse traerán como consecuencia una pena o sanción. Desde luego, si esas conductas se encuentran previstas por la Ley Penal, llevan implícita la antijuridicidad o materia de prohibición y por ello al cometerse, son sancionadas.

a) Diferencia con el Delito.

Desde cualquier punto de vista de las teorías del delito (triatómica, tetratómica o pentatómica), podemos apreciar claramente que el tipo es un elemento positivo del Delito. De ahí, que no debe confundirse el tipo con el delito, ya que el primero es la especie y el segundo el género.

Así tenemos que la teoría triatómica define el delito como:

"Conducta típica y culpable."

La tetratómica lo conceptúa como:

"Conducta, típica, antijurídica y culpable."

La pentatómica como:

"Conducta, típica, antijurídica, culpable y punible."

Como podemos apreciar, todos los conceptos integran al

tipo, ello se debe a que el tipo es un elemento fundamental del delito, al grado tal que si la conducta no es típica (prevista en las leyes penales) no podría existir delito; lo anterior con fundamento en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, que prohíbe imponer por simple analogía o por mayoría de razón pena alguna que no esté prevista por la ley, exactamente aplicable al caso concreto.

b) Diferencia con Cuerpo del Delito.

La mayoría de los tratadistas, se inclinan por afirmar que el término "tipo" surge del "*corpus delicti*", considerando por tanto a este último como la más profunda raíz histórica del tipo; así tenemos:

Hall señaló que la doctrina del tipo ha surgido del concepto de *corpus delicti*; Antolisei estimó que había en ella una reminiscencia de este viejo concepto procesal, y Jiménez de Asúa también expresamente reconoció y proclamó que el tipo legal penal ha surgido del *corpus delicti*. Tan autorizadas y contundentes afirmaciones están respaldadas por el pensamiento de Pietro Ellero, pues, al esclarecer los tres diversos sentidos y acepciones de la expresión Cuerpo del Delito, manifiesta que, en primer término, "el cuerpo del delito -existe en todos ellos- es la acción punible, esto es, el hecho objetivo."

Al seguirse independizando el llamado actualmente tipo delictivo del *corpus delicti*, el maestro Jiménez de Asúa afirmó: "que se presenta como la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción." Esta fue la manera como se concibió antes de Beling. Como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción, trataron de él en 1805 Cristobal Carlos Stubel y Luden en 1840.

También Kärcher en 1873 y Schaper por la misma época mantenían esa noción del tipo, como figura del delito específica en la que se conjunta la totalidad de sus elementos internos y externos.

Acertadamente el maestro Jiménez de Asúa observó que en la mayoría de las leyes procesales hispanoamericanas se seguía entendiéndose el "cuerpo del delito" en la acepción que tal vez tenía el tipo al escribirse el Código Prusiano, convertido en el Código Alemán vigente aún hoy. Y así acontece, como en seguida vamos a ver, en el ordenamiento jurídico en México.

Con verdadero orgullo, vemos que ese grave error ya fue superado por nuestra Legislación Mexicana, debido a las reformas que entraron en vigor en el mes de febrero de 1994 eliminando de nuestros textos legales el concepto de "Cuerpo del delito" sustituyéndolo por el de "Tipo".

". . . En tres sentidos distintos ha sido y es

principalmente empleada la expresión *corpus delicti*. Unas veces, como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción - un incendio, un homicidio, un fraude, etcétera; otras, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración - un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota - ; y en una tercera y última acepción, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada - un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etcétera." (20)

Como podemos ver, la confusión del Cuerpo del Delito no sólo es con el Tipo, sino también con Delito, objeto jurídico del delito o bien jurídico tutelado y hasta con el instrumento del delito objeto material de éste. A efecto de concluir diremos que:

Tipo: es el supuesto conductual sancionado por las Leyes Penales.

Delito: es una conducta típica, antijurídica y culpable. (Teoría tetratómica)

Objeto Jurídico del Delito o Bien Jurídico tutelado: es el bien o interés que protege cada tipo.

Objeto Material del Delito: la persona o cosa en la que recae la conducta típica.

(20).- Jiménez Huerta Mariano.- Ob. Cit. Págs. 23 a 31.

Instrumento del Delito: es el objeto que se utiliza para obtener el resultado.

Cuerpo del Delito: es la acción punible o hecho objetivo.

2.- Elementos del Tipo.

El tipo se integra necesariamente de elementos objetivos y subjetivos; pero ocasionalmente llega a contener elementos normativos y elementos subjetivos específicos distintos del dolo.

a) Elementos Objetivos.- Los elementos objetivos del tipo lo son: la conducta, el nexo causal entre la conducta y el resultado, y por supuesto el resultado.

La conducta .- Que ha sido conceptuada como la exteriorización de la voluntad que modifica el mundo exterior.

Del anterior concepto, afirmamos que la conducta que produce el resultado, para que pueda considerarse como típica; requiere, en primer lugar que sea consciente ya que en caso contrario nos colocaríamos ante el aspecto negativo del delito, denominado ausencia de conducta, en la que

precisamente no es que no exista conducta, sino que ésta es inconsciente, tal es el caso de los resultados que pueden llegar a obtenerse cuando el sujeto activo se encuentra bajo los influjos del sueño, sonambulismo, hipnotismo, actos reflejos o estados de inconsciencia transitorios involuntarios.

Concretamente, la conducta debe ser un movimiento u omisión de movimiento voluntario y consciente; en tal virtud la conducta puede ser positiva o negativa, es decir, acción, omisión o comisión por omisión.

No obstante, no basta que simplemente exista una conducta, pues es necesario también que esa conducta produzca un resultado, ya sea material o formal, como veremos más adelante.

Por acción debemos entender un movimiento corporal, generalmente es el movimiento de las extremidades superiores o inferiores del cuerpo humano y excepcionalmente basta con la emisión de la voz (como por ejemplo en las amenazas), aunque no podemos negar que con otras partes del cuerpo se puede obtener el resultado; ejemplo lesiones producidas por una mordida.

Sobre la esencia de la omisión se presentan dificultades.

Una autorizada corriente doctrinaria encuentra el aspecto exterior de la omisión en la acción positiva que realiza el sujeto mientras se abstiene de realizar aquélla que se esperaba de él. Es esta la teoría del "*aliud agere*", que fue enunciada por primera vez hace un siglo por el criminalista alemán Luden, el traductor de la obra principal de Romagnosi. Puede resumirse de este modo: la omisión, como comportamiento de un sujeto, no es un *quid vacui*, no es una nada. El que omite, no permanece inerte, sino que hace alguna otra cosa: si no cumple la acción que se esperaba de él, cumple otra. Esta otra acción constituye una unidad con la omisión y viene a ser aspecto positivo.

La concepción que acabamos de exponer, no es solo incomprendible, sino también inconsistente, ya porque no siempre el hombre en el momento en que habría debido actuar realiza otra acción (puede permanecer inerte, por ejemplo, durmiendo), ya porque existen muchas obligaciones que no tienen que cumplirse en determinado momento, sino dentro de cierto término, más o menos largo, durante el cual el sujeto hace una infinidad de cosas. En esos casos ¿cómo podría individualizar la acción "distinta", que representaría el aspecto positivo de la omisión?."

Adicionándose que la acción distinta, realizada por el sujeto en vez de la que esperaba de él, carece de toda

relevancia jurídica: es totalmente indiferente; tanto, que ni se debe indagar siquiera. Por ejemplo, en el caso de que en el término de algunos meses hayan de denunciarse las armas que se poseen, el juez no indaga qué ha realizado el reo durante todo ese lapso; le basta establecer que, pudiendo hacerlo, no ha realizado la denuncia que fue ordenada.

A nuestro modo de ver, la verdadera esencia de la omisión, está precisamente en no haber actuado de un modo decidido: en no haber realizado una determinada acción. La conducta en vez de la que se esperaba no tiene nada que ver con la omisión: es otra cosa y constituye un puro artificio pretender unificar dos entidades distintas. El hecho puramente negativo es lo que caracteriza la omisión, la cual no solo en el ámbito del derecho, sino también en los juicios de la vida corriente, se contrapone a la acción propiamente dicha.

Es infundado el temor de que, acogiendo esta concepción, se concluya por tener que negar, como lo han hecho algunos autores Nórdicos y en Italia lo ha hecho Vannini, la realidad de la omisión, reduciéndose a un simple juicio de la mente humana. Para llegar a esta conclusión habría que partir de la idea, bastante burda, de que en el mundo no hay otra realidad que la material, sensible y tangible. Aún sin recubrir a concepciones filosóficas, nos basta apelar al modo común de pensar, que por lo demás está siempre en la base de la norma

jurídica. Ahora bien, ¿habrá una sola persona que a la luz del sentido común ponga en duda que es un hecho, una realidad, por ejemplo, el comportamiento de una madre que deja morir de hambre a su hijo?.

Al respecto Antolisei señaló, "la omisión no es más que el no cumplimiento de la acción que se esperaba de alguien. Naturalmente, como al derecho no le interesan todas las omisiones, sino sólo que están en contradicción con sus preceptos, en la práctica sólo se consideran las omisiones que consisten en el no cumplimiento de las acciones prescritas por el orden jurídico." (21)

La perfecta explicación realizada por el connotado tratadista Antolisei se refiere exclusivamente a la omisión simple; ya que en el ámbito penal existe una subdivisión, se distingue la comisión por omisión.

La omisión simple es un no actuar, una total abstención de acción, pero en ella no existe dolo, no existe la intención de obtener un resultado; en tanto que en la comisión por omisión, si existe el dolo o intención de querer obtener un resultado típico.

No podemos pasar por alto, a reserva de analizarlo posteriormente con mayor profundidad, que para poder

(21).- ANTOLISEI, FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal.- Editorial Temis.-80 Edición.- Bogotá Colombia, 1988.-Págs 155 a 157.

responsabilizar a alguien por el delito con conducta omisiva, se requiere tener la calidad de avalista, es decir la obligación de haber actuado.

El resultado.- Es el acontecimiento que se produce por la conducta, no necesariamente debe de ser un hecho, sino todo efecto de la conducta. Pero el resultado debe ser típico, es decir previsto por un tipo para que éste tenga consecuencias de carácter penal.

El resultado podrá ser físico, como en el daño en propiedad ajena; fisiológico, como en las lesiones o el homicidio; psíquico, como en las amenazas o la corrupción de menores, pero siempre debe ser por causa exterior imputable a un sujeto.

Tampoco importa que el resultado se presente inmediatamente que se realiza la conducta, pues entre ésta y aquél puede existir un lapso, corto o largo, para ser responsable de un delito de homicidio, no necesariamente debe de presentarse la muerte inmediatamente, basta que ésta sea producto de la conducta.

Por fortuna, el término absurdo de 60 días que contemplaba nuestro Código Penal para considerar que las lesiones

eran constitutivas de homicidio, fue derogado por las reformas que entraron en vigor en el mes de febrero de 1994.

Ahora bien, a pesar de que hemos afirmado que uno de los elementos objetivos del tipo, lo es el resultado; existen tipos que no propiamente requieren de un resultado material, pues dada la importancia o relevancia penal, basta con el peligro corrido en el bien jurídico tutelado. Este resultado se ha denominado resultado formal.

Como ya se dijo, el resultado formal es el riesgo o poner en peligro el objeto jurídico; así tenemos, por ejemplo: el peligro de contagio venéreo, la portación de arma prohibida y en general la tentativa; en estos delitos, no se requiere la causación de un resultado real, pero es tipificada la conducta por el sólo hecho de existir un resultado material en potencia.

Nexo causal.- Para que la conducta humana pueda ser sancionada se requiere que el resultado sea consecuencia de dicha conducta, pues bien el lazo que une a la conducta con el resultado recibe el nombre de nexo causal o nexo de causalidad.

Siguiendo la teoría de las condiciones, podemos afirmar que en la fórmula causa-efecto si se suprime el acto, el

resultado tampoco se produciría, es decir, "*conditio sine qua non*".

En vez de establecer sólo dos presupuestos de punibilidad de una acción y de la responsabilidad penal de su autor - a) el nexo causal de la conducta voluntaria del agente con el resultado, y - b) la culpabilidad del agente en orden a los efectos, lo que traía como consecuencia que en los delitos calificados por el resultado, en que la causalidad moral no se considera, se creyese suficiente el nuevo nexo de la causalidad material, con lo que se producían los excesos que ya hemos señalado - se precisa introducir un tercer.

La punibilidad de la responsabilidad del autor (dado ahora de lado otras características del delito, como la antijuridicidad, así como las condiciones objetivas de punibilidad que la ley exige en ciertas infracciones) ha de determinarse conforme a tres supuestos, en vez de los dos únicos enunciados:

"a) La relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado que ha de establecerse conforme el único criterio correcto en materia de causalidad, es decir, según la teoría de la equivalencia de condiciones (también denominada doctrina de la condición o de la *conditio sine qua non*)."

"b) La relevancia jurídica de la conexión causal, que ha de determinarse en cada tipo, es decir, en cada una

de las descripciones típicas de la parte especial de los Códigos, investigando su sentido para decidir correctamente si el nexo causal, que une evidentemente la conducta voluntaria al resultado, es relevante para responsabilizar penalmente al autor, conforme a la tipicidad legal. Así resulta -como ha descrito taxativamente Mezger- que la "adecuación constituye una parte integrante especial de la tipicidad jurídico penal."

"c) La culpabilidad del sujeto en orden al resultado, que es un tercer momento de índole subjetiva y, por ende, de naturaleza totalmente distinta a la de los dos presupuestos anteriores." (22)

Nuestro Código Penal, contempla en el delito de homicidio reglas especiales a seguir a fin de establecer el nexo de causalidad, tal disposición la encontramos en los artículos 303, 304 y 305 que a la letra dice:

"Artículo 303.- Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión sino cuando se verifique las tres circunstancias siguientes:

"I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesario;

(22).- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- La Ley y el Delito.- 3ª Edición.- Abeledo - Perrot, Editorial Sudamericana.- Buenos Aires, Argentina, 1958.- PÁgs 229 y 230.

"II.- Derogada (Diario Oficial de la Federación, 10 de enero de 1994) contemplaba el elemento o requisito temporal de 60 días;

"III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren los peritos después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y el Código de Procedimientos Penales."

"Cuando el cadáver no se encuentre, o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas."

"Artículo 304.- Siempre que se verifiquen las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

"I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

"II.- Que la lesión no habría sido mortal en otras personas; y

"III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión."

"Artículo 305.- No se tendrá como mortal una lesión, aunque el que la recibió cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencia del paciente o de los que lo rodearon."

En efecto, existen delitos en el Código Penal en los que se señalan ciertas reglas para establecer el nexo causal, pero en

su gran mayoría esto no ocurre; por ejemplo:

En la Tentativa, el nexo causal deberá establecerse entre los actos realizados encaminados a la obtención del resultado material y el riesgo corrido por el bien jurídico tutelado, tomando en consideración la proximidad a la consumación.

En los delitos culposos, el nexo causal deberá entenderse entre la conducta imprudente, la evitabilidad y prevenibilidad del resultado y la producción de éste.

En los delitos de omisión, el nexo causal deberá establecerse entre la conducta omisiva o la obligación de haber actuado y el resultado.

b) Elementos Subjetivos.- Los elementos subjetivos se encuentran conformados por los ánimos de delinquir o ánimos específicos de obtener un resultado. Se trata de elementos psíquicos que sólo pueden constatarse con la exteriorización de la conducta.

Los elementos subjetivos son: La culpabilidad y los ánimos distintos al dolo, que sólo se dan en algunos delitos.

Culpabilidad.- Para que exista la culpabilidad, es necesario que ésta se refiera a una persona imputable; esto

es, que sea mayor de 18 años y tenga la capacidad de querer y entender, amén de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

"La libertad, a los efectos de la imputabilidad, es la facultad del hombre para actuar conforme a su voluntad, entendiendo por voluntad, en este tema, la capacidad de autodeterminación conforme con el sentido."

"La libertad, según el contenido conceptual expuesto, constituye un presupuesto de la imputabilidad, ya que únicamente en quienes satisfagan el principio de autodeterminación podrá hacerse el estudio de los elementos que constituyen la imputabilidad y, posteriormente los de la culpabilidad. En este sentido Maurach también se expresa diciendo que "la capacidad de autodeterminación merece la consideración de presupuesto de la imputabilidad y, por tanto, de presupuesto de todo juicio de culpabilidad". Dicho lo mismo en otras palabras, sintetizando el carácter del presupuesto de todo juicio de culpabilidad". Así mismo, el carácter del presupuesto de la imputabilidad, puede afirmarse que: para ser imputable se necesita ser libre, sin que todo ser libre sea imputable."

"La libertad o posibilidad de autodeterminación únicamente significa que el hombre debe poseer un contenido de voluntad suficiente para encauzar su conducta. Con esto, sin embargo, no se ha llenado el contenido conceptual de la imputabilidad, pues existen voluntades que pueden satisfacer el concepto jurídico penal de la libertad y no ser fundamentadoras de la imputabilidad y posteriormente de la culpabilidad. En los menores, como en los enajenados, hay una voluntad que se manifiesta exteriormente con pleno uso de la facultad de autodeterminación y, no obstante, no hay imputabilidad porque falta en ellos y así lo establece la ley, la suficiente comprensión de "lo ilícito de su hacer y de actuar, conforme a este conocimiento."(23)

(23).- VELA TREVIÑO, SERGIO.- Culpabilidad e Inculpabilidad.- Editorial Trullas, 1ª Reimpresión.- México, 1977.- Págs. 17 y 18.

La ley no establece un concepto de culpabilidad de ahí que a continuación proporcionaremos algunos conceptos.

El maestro Sergio Vela Treviño conceptuó a la culpabilidad como: "El resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma." (24)

El penalista colombiano Alfonso Reyes Echandía, llega a la conclusión de que la culpabilidad "es la actitud conciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente." (25)

El maestro argentino Alfredo Orgaz, comulgando con el concepto emitido por Von Thur A. manifiesta que la culpabilidad es:

"Una conducta espiritual del agente, desaprobada por la ley". (26)

El emitente jurista español Eugenio Cuello Calón, entiende por culpabilidad:

"Un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho

(24).- *Idem.*- Pág. 200.

(25).- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- La culpabilidad.- 1ª Reimpresión.- Editorial Universal Externado de Colombia.- Colombia, 1979.- Pág. 40.

(26).- ORGAZ, ALFREDO.- La culpabilidad.- 1ª Edición.- Editorial Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1970.- Pág. 61.

contrario a lo mandado por la ley."(27)

Por su parte, el penalista mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, llega a la conclusión de que la culpabilidad:

"Es la concreta capacidad de imputación legal declarada jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate."(28)

Son dos las principales teorías de la culpabilidad, la Psicológica y la Normativa. La primera ha sido defendida por el maestro Sebastian Soler, quien afirma que la culpabilidad tiene dos elementos:

1.- La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y

2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

La Teoría Normativa, se debe al jurista alemán Reinhard Frank y concreta como elementos de la culpabilidad:

(27).- CUELLO CALON, EUGENIO.- Derecho Penal.- Tomo I, Parte General.- 9ª Edición. Editorial Nacional Edinal S. DE R.L., México, 1961.- Pág. 358.
(28).- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Parte General.- 8ª Edición, Editorial Libros de México, S.A. México, 1967.- Pág. 227.

1.- Un juicio de referencia, por referirse a un hecho psicológico.

2.- Un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.

3.- La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

4.- Sus fundamentos son: La reprochabilidad y la exigibilidad.

Resulta imposible explicar la culpabilidad desde el punto de vista unitario, no podemos fundamentar en forma total y definitiva el derecho en un ámbito puramente psicológico, ya que esto equivaldría en cimentar el ámbito jurídico en algo tan abstracto y complejo como lo es el psique humano. De ahí que debemos recurrir al carácter normativo; es decir el proceso volitivo interno de un sujeto no puede ser apreciado en forma sencilla por el juzgador, y de hecho éste no podrá juzgar si no es en base a una norma previamente establecida, de ahí que, podamos decir que, para estudiar la culpabilidad debemos de tomar en cuenta el carácter psíquico y el normativo; estamos, pues comulgando con una teoría ecléctica, ya que, desde luego la culpabilidad es un hecho psíquico, sin embargo sólo podemos referirnos a ella en base al ámbito normativo.

Actualmente en nuestra legislación sólo existen dos formas de culpabilidad dolo y culpa.

Según el artículo 9º del Código Penal, Dolo es: "El que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley."

Por lo que respecta a la culpa manifiesta: "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en 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."

c) Elementos Subjetivos Específicos.- Los elementos subjetivos específicos son ánimos o intenciones que el legislador ha establecido en la propia redacción del tipo.

En la mayoría de los casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así contacto entre ambas características del delito. El legislador, como hemos dicho, los

incluye a menudo en el tipo y son los elementos típicos subjetivos de lo injusto, que han sido valorados de distinto modo.

Desde el año 1867, Merkel y Von Ihering aludieron a problemas que se relacionan íntimamente con estos elementos subjetivos de la antijuridicidad. Después se refieren más o menos impropriamente a ellos, Thon, en 1878; Hertz en 1880, Löefler en 1901; Kolhrausch en 1903; Von Ferneck en 1905; Dohna en igual fecha; Fischer en 1911; Nagler en el mismo año; Hegler en 1914; y Mayer en 1915. Este autor insistió mucho en que las fronteras de lo antijurídico y de lo culpable no eran coincidentes con los límites de lo objetivo y de lo subjetivo. Los ejemplos de los delitos de tendencia, a que luego aludiremos, lo demuestran.

Por otro lado, Mezger desde 1923, dió una importancia extraordinaria a estos elementos subjetivos, también reconocen Zimmerl y Wolf. Últimamente el conde de Dohna habló del "subjetivismo en la teoría de la antijuridicidad", y Tierfelder, de "elementos de la culpabilidad objetivamente concebida."

El debate radica en la índole que debe atribuírseles. Goldschmidt los vinculó a la culpabilidad y la mayor parte de los autores señalados a lo injusto. Por su parte, Jiménez de Asúa los integró con la culpabilidad cuando escribió, en el año 1931, sobre la Teoría Jurídica del Delito, posición que todavía

sustentan algunos escritores, como acabamos de ver. Ahora nos parece absolutamente preciso distinguir entre alusión al dolo, y los elementos subjetivos de lo injusto propiamente dichos, que no son como antes se decía, dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin.

Son propiamente subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras "maliciosamente", "voluntariamente", "intención de matar", etcétera con cuyos vocablos se alude al dolo para diferenciar los casos de homicidio, de lesiones o de aborto intencional, de aquéllos otros de naturaleza culposa.

"Jiménez de Asúa señaló al respecto, que eran precisamente alusivas al fin o al móvil las expresiones siguientes: "para" alguno de estos fines...", "para" derrocar al Gobierno o "para" cambiar la Constitución, "para" poner a los nacionales al servicio de otra nación, con "un fin injusto", "para retardar y omitir algún acto, "para impedir el despacho de algún asunto, "con el objeto" de constreñir a hacer o a omitir algún acto a la autoridad, violencias o amenazas "para" impedir o perturbar las reuniones de cuerpos políticos, electorales, etcétera, o que tengan "por objeto" impedir la captura del autor de un delito, asociarse "para" cometer delitos, actos que tengan "por objeto" exponer alguna parte de la República a la devastación o al saqueo; secuestrar "para" obtener rescate; destruir cosa propia "con el objeto" de cobrar la prima de un seguro, etcétera."

"Son propiamente elementos subjetivos de lo injusto, a los que se alude en estos términos: "por desprecio" o "por actos de menosprecio; "por ofender", "por hostilidad", "por espíritu de venganza o lucro", o "con el fin o pretexto de religión"; por "interés privado", "en daño" de alguna persona; "con el sólo objeto de producir terror"; "por favor"; miras deshonestas o de matrimonio en el rapto; "para satisfacer las pasiones de otro", para apropiarse de un objeto mueble; con el

objeto de cobrar la prima de un seguro; para apoderarse de un inmueble; por venganza contra un funcionario público; pasiones o inexperiencia de un menor". El móvil de "evitar deshonra" figura en ciertos tipos privilegiados de infracciones. Así, en muchos Códigos se atenúa honoris causa la supresión del estado civil, el infanticidio, el aborto, el abandono de niño, etcétera."(29)

Así tenemos, por ejemplo el artículo 164 del Código Penal, mismo que se refiere a la Asociación delictuosa señala: "...con el propósito del delinquir...". El artículo 259 Bis del Código Penal relativo al Hostigamiento Sexual expresa: "Al que con fines lascivos...". El 380 Robo de Uso "...acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla...".

En conclusión, los ánimos o elementos subjetivos específicos son los propósitos distintos al dolo el cual va implícito en todo tipo.

d) Elementos Normativos.- Igualmente en algunas ocasiones el legislador incluye en el texto típico elementos normativos, que son aquéllos que requieren de una valorización jurídica o cultural, así tenemos por ejemplo: en el robo, la

(29).- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- Ob- Cit. Págs. 255 y 256.

ajeneidad; en el aborto Honoris Causa, la buena fama de la mujer; en la falsificación, el documento; en los delitos cometidos por servidores públicos, tal calidad del sujeto; en el abuso de autoridad, tal autoridad; "ilegítimo o indebido" en los patrimoniales; parentesco en el incesto; cónyuge en el adulterio; etcétera.

Pues bien estos elementos normativos son útiles para delimitar la conducta en un determinado tipo y desde luego deben ser valorados como tales por el juzgador.

3.- Clasificación del Tipo.

De acuerdo a su constitución, los tipos se han clasificado en:

a) **Tipo básico, fundamental o autónomo.**- Es aquél que tiene vida propia, que no requiere de ningún otro tipo para subsistir.

b) **Tipo subordinado o dependiente.**- Es aquél que requiere ir referenciado a un tipo básico, fundamental o autónomo para subsistir.

c) **Tipo abierto.**- Es aquél que contiene tácitamente la

materia de prohibición.

d) **Tipo cerrado.**- Contienen en su texto expresamente la materia de prohibición.

e) **Tipo de resultado material.**- Es aquél que para su consumación requiere de un resultado que pueda apreciarse con los sentidos.

f) **Tipo de resultado formal o de peligro.**- No requiere un resultado palpable por los sentidos, basta que se ponga en peligro o riesgo el bien jurídico tutelado; entre ellos tenemos a la tentativa.

g) **Tipo de formulación estricta.**- Contienen en su texto típico la forma o formas especiales de comisión del delito.

h) **Tipo de formulación libre.**- Es aquél que puede realizarse de cualquier forma.

i) **Tipo complejo.**- Es aquél, que generalmente para su punición enlaza dos o más tipos.

CAPITULO TERCERO

EL TIPO DE HOMICIDIO

1.- El tipo de homicidio. 2.- Presupuesto 3.- Elementos del tipo: a). Elementos Objetivos. b). Elementos Subjetivos. 4.- Tipos circunstancialmente complementados subordinados privilegiados del Homicidio 5.- Tipos circunstancialmente complementados, subordinados cualificados del homicidio. 6.- Tipos calificados por circunstancias de parentesco.

El delito de Homicidio tiene como bien jurídico tutelado el valor máximo para todo ser humano, que es la vida, ya que si no hay vida, no puede haber nada más; al tener esta calidad, la vida a lo largo de la historia y en todas las legislaciones del mundo ha sido protegida. En el presente capítulo estudiaremos el delito de Homicidio a través de sus elementos, así como las circunstancias que lo atenúan o agravan.

1.- El tipo de Homicidio.

Se encuentra previsto en el artículo 302 del Código Penal que a la letra dice:

"Comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro".

Contiene una descripción abstracta de carácter objetivo,

ya que se integra con el sólo hecho de privar de la vida; es decir , matar a otro.

La vida humana constituye, pues, el valor jurídico de mayor magnitud que tutela toda legislación penal; de ahí que en la escala de penas este delito es el que merece la mayor sanción.

2.- Presupuesto.

Es presupuesto lógico, que para que exista la privación de la vida, se requiera de la existencia de ésta.

Al respecto, existe mucha discusión en relación a cuándo empieza la vida.

Sabemos que existe vida intrauterina, que es aquella que tiene el feto dentro del seno materno; sin embargo, esta vida, se encuentra tutelada por otro tipo denominado aborto; no obstante, la barrera entre la vida fetal y la vida humana tutelada por el Homicidio es de muy complicada fijación.

Algunos autores opinan que la vida fetal culmina con los movimientos de parto y es cuando inicia la vida humana; otros, por su parte dicen que es al momento en que el producto sale del

claustró materno; otros que termina al momento en que se corta el cordón umbilical; y otros tantos que es al momento en que el infante inicia su respiración.

Desde el punto de vista médico, la respiración en el nacido debe ser espontánea; es decir el infante debe respirar por sí solo, sin necesidad de provocación alguna; no obstante se ha comprobado que el lapso que debe existir para que se presente la respiración natural, es sumamente riesgoso, pues causa graves lesiones cerebrales por la falta de oxigenación, por ello desde tiempos muy remotos, se ha acostumbrado dar una pequeña "nalgada" al nacido para que con el sobresalto inicie su respiración; aunque actualmente este método resulta primitivo y ahora el médico se concreta a colocar en el infante un respirador artificial.

Dentro del área Médico Forense, la única forma de determinar si existió vida extrauterina o nó, se basa exclusivamente en la respiración del infante, realizando una serie de pruebas que se denominan Docimacias.

Docimacia Pulmonar Hidrostática.- Es la prueba de mayor uso en nuestro país y consiste en cortar ambos pulmones, sumergirlos en un recipiente con agua; si flotan demuestra que existió respiración, si se hunden determinan que no.

Posteriormente se cortan dos pequeños fragmentos de cada uno de los pulmones, se sumergen en agua presionándolos un poco a efecto de observar si se desprenden o nó burbujas de aire, si se presentan demuestra que existió respiración; si no, demostrarán lo contrario. Finalmente se machacan esos pedazos de pulmón, depositándolos en un recipiente con agua y observándose si se presenta o no el fenómeno de flotación.

Esta prueba, presenta un margen de error, toda vez que la respiración puede llegar a confundirse con los gases que despiden el cuerpo cuando entra en estado de descomposición.

Docimacia Gástrica.- Se basa en la observación del aparato digestivo, a efecto de localizar restos alimenticios.

Esta prueba carece de eficacia ya que un infante no será alimentado hasta en tanto no haya respirado, por ende primero debió haber resultado positiva la Docimacia Pulmonar Hidrostática.

Docimacia Óptica.- Consiste en la observación de coloración y estado de los pulmones, corazón y estómago; sin embargo, esta prueba tiene mucho que ver con la respiración.

Debido a que el feto no ha iniciado su respiración de aire contaminado, es decir oxígeno y bióxido de carbono, la coloración de sus órganos es rosácea; en tanto que si ya ha tenido una respiración extrauterina, la coloración será color morado-café y rosa.

Por otra parte, los pulmones tendrán una apariencia de globos desinflados cuyas paredes se adhieren entre sí, cuando no ha existido respiración; en tanto que si los pulmones tiene una apariencia medio inflada, podemos afirmar que existió respiración.

Sin embargo, como ya se dijo, existe un gran porcentaje de error por la descomposición del cuerpo ya que los gases pueden alterar la apariencia y la putrefacción, la coloración.

Docimacia Auricular.- Consiste en inspeccionar el oído interno del infante.

Para proteger el oído interno del feto de la penetración del líquido plascentario, la naturaleza le colocó unas pequeñas y frágiles membranas en sus oídos, misma que se desprenden fácilmente al momento de la respiración.

Docimacia Osea.- Se basa en la observación de los huesos,

tamaño y flexibilidad; se supone que el tamaño y la flexibilidad de los huesos varía en razón a si es un feto o un nacido, ya que el tamaño es menor y mayor flexibilidad en un feto.

Esta prueba también tiene un gran margen de error en razón de que los infantes hoy en día nacen con grandes tallas.

En fin, la única forma que existe para diferenciar una vida ultraulterina de una extrauterina es la respiración y por ende la vida se inicia a partir de que el infante respira y con ello las funciones cardíacas; sin importar la viabilidad del sujeto, basta que exista vida.

3.- Elementos del Tipo.

Una vez que hemos explicado el presupuesto del tipo de Homicidio, que es la vida, ya que no es posible matar a un muerto, procederemos a analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo de Homicidio.

a) Elementos Objetivos: Los elementos objetivos de todo tipo lo son: conducta, nexo de causalidad y resultado.

Conducta.- Entendiéndose como conducta el movimiento corporal que modifica al mundo exterior, la conducta en el

Homicidio consistente en inferir lesiones a alguien, que traen como consecuencia la muerte. La forma de producir lesiones, son muy variadas, de ahí que estemos ante la presencia de un tipo de formulación libre, en que la forma de comisión del delito es irrelevante.

El tipo de homicidio plasmado legislativamente en el artículo 302 no hace mención a medios, modos o formas de producir la privación de la vida humana. En su pensamiento quedan comprendidas abstracta y latentemente todas las conductas que, cualquiera que fuera el modo en que contradigan la norma, implica privación de una vida.

Hay medios y modos de perpetrar el homicidio que representan las formas típicas y regulares de su comisión. Así acontece con el disparo de arma de fuego, el veneno, el puñal y demás armas blancas, los golpes con martillo, piedra, palo y demás instrumentos contundentes o con los puños y pies. A estas formas materiales de comisión del homicidio referencian los textos más antiguos. El deuteronomio alude al hacha. El Decretorum libri XX de Burchard, a la vara, hierro y otros instrumentos de azotar; y el Decretum Gratiani a la piedra. García Goyena menciona diversos preceptos de las Siete Partidas, Las que "no sólo hablan de cuchillos, espadas y lanzas sino de palos, piedras y otras armas cualquiera.

Tampoco importa -agregar- que se haya dado la muerte sin usar instrumento alguno, como cuando se da a puñetazos o patadas, estrellándose a uno contra la pared o el suelo o comprimiéndole las fauces o sumergiéndole en agua, o por hambre o dando causa a la muerte impidiendo que se dé socorro a los náufragos, azuzando a un perro u otro animal feroz contra alguno para que lo mate o de otro modo cualquiera.

Una cuestión que adquiere en nuestro país palpitante interés y suscita entre los juristas y los que no lo son, la más inquietante de las dudas, ya que frente a la misma las reacciones emotivas del hombre y sus serenos sentimientos de justicia entablan un dramático e incluso duelo, enciérrase en la siguiente interrogante: ¿Es posible perpetrar un delito de homicidio mediante el aprovechamiento de las fuerzas de la naturaleza o mediante el empleo de medios morales ?".

Por lo que respecta al aprovechamiento de las fuerzas y energías de la naturaleza en la perpetración de un homicidio, debe renunciarse y desde el inicio de la investigación, a todo propósito de establecer principios afirmativos o negativos de valor general abstracto e inmutables. No hay duda alguna que el homicidio puede perpetrarse aprovechando el sujeto activo los fenómenos de la naturaleza, cuyas consecuencias e influjos sobre la vida humana conoce y prevé en el caso concreto con tal perfección, que bien puede afirmarse que el acontecimiento

fenoménico querido y esperado tiene desde el punto de vista jurídico el valor de un verdadero complemento de acción. Si en el caso que narra D'Annunzio en su novela El Inocente, el niño muere a consecuencia de haberle expuesto su padre a la intemperie en una noche del gélido invierno, no es posible negar que el desnaturalizado padre ha privado de la vida al niño, no obstante que no ha efectuado otra conducta que la de colocar al infante a la intemperie, pues los efectos que a consecuencia de su conducta iba a producirse sobre la vida del tierno niño, eran conocidos y aprovechables por el sujeto activo con tal plenitud que bien puede afirmarse que complementan su antijurídica conducta. Y aún suponiendo que el niño no hubiere llegado a perecer por cualquier circunstancia, nos hallaríamos ante una tentativa de homicidio, pues el sujeto activo realizó actos encaminados directa e inmediatamente, esto es, adecuados e idóneos en el caso concreto, a privarle de la vida. Por el contrario, mal podríamos aplicar el criterio expuesto, a quien deseoso de la muerte de una persona, la sitúa con engaños debajo de un árbol durante la tormenta con la esperanza de que un rayo le fulmine o a quien para lograr la muerte de la mujer que le ha desdeñado y que a la sazón se encuentra sin empleo, la coloca de aeromosa en la empresa de aviación de que es uno de los principales accionistas, pues es indudable que en ninguno de estos casos puede racionalmente afirmarse que el sujeto ha realizado una conducta adecuada o idónea para privar de la vida a otro. Y aunque es una realidad que los árboles atraen las

exhalaciones y que los accidentes aéreos se producen con alguna frecuencia, ni uno ni otro son fenómenos que el hombre puede aprovechar con la plenitud de sentido requerida para poder afirmar en el caso concreto que el acontecimiento fenoménico debe ser valorado jurídicamente como un complemento de su conducta criminal. La inadecuación e inidoneidad de estas conductas, se evidencia claramente si pensamos en la hipótesis negativa, esto es, en aquella en que no se produce la muerte deseada. A nadie se le ocurrirá enjuiciar los comportamientos realizados en uno y otro de los supuestos que se acaban de citar, como tentativas: no son encaminados directa e inmediatamente a cometer un delito, esto es, no son actos idóneos, aquéllos que están relacionados en el pensamiento del agente con la producción de fenómenos naturales o mecánicos que el hombre no puede controlar.

La cuestión relativa a la posibilidad de comisión del delito de homicidio mediante el empleo de medios morales, ha surgido a la consideración jurídica en un primer plano desde que Carrara equiparó los medios morales a los materiales. No es, empero, convincente la dialéctica empleada en este punto por el gran maestro clásico, pues aunque hace uso de argumentos extraordinariamente habilidosos para defender su posición, los mismos carecen de consistencia si serena y fríamente se examinan. Se limitan a afirmar Carrara, con astuta estrategia, cuando se ocupa del delito de homicidio, que en su comisión pueden haberse "empleado medios físicos, mecánicos o materiales de cualquier

clase, o bien, solamente medios morales", para enseguida agregar que la cuestión de los medios morales la tratará extensamente al ocuparse de las lesiones personales "porque encontrándose allí preestablecido que el daño causado a otro con la acción -esto es, la fuerza física objetiva según terminología- está constituido también por un efecto puramente moral según de consumo se afirma de la ciencia y en las legislaciones modernas, de la confrontación entre el daño y el comportamiento con que el agente ejecuta su designio malvado - o séase la fuerza física subjetiva conforme a la terminología carrariana-, nace un poderoso argumento, para concluir que siendo suficiente para integrar el daño en los delitos contra la personalidad humana los efectos morales (alteración de la salud mental), al comportamiento deben bastarle también los medios puramente morales.

Esta argumentación a nadie puede convencer. En primer término como ya afirmábamos, se vale Carrara de la mañosa habilidad de trasplantar el problema del homicidio a las lesiones pues el "poderoso argumento" que esgrime para concluir que en las lesiones deben admitirse los medios puramente morales, no solamente no pueden entrar en juego en el delito de homicidio ya que en el mismo no es posible hablar de efectos morales, sino demuestra por su propio peso todo lo contrario, debido precisamente a que, como se acaba de decir, en el homicidio no existen dichos efectos. En segundo término esta argumentación resulta deleznable si se tiene en cuenta que para llegar a ella

hace Carrara uso de los paralogismos consistentes en estimar algunos resultados de las lesiones (v.g., la alteración de la mente), se producen mediante medios materiales; y, por otra, que el daño material que implica la privación de una vida humana, pueda producirse - según Carrara cree - mediante el empleo de medios morales. Con mayor precisión jurídica, el gran maestro replantea y resuelve la cuestión cuando se ocupa del delito de lesiones. En cuya coyuntura arriba a la siguiente conclusión: "Cuando los medios fueren preordenados al fin e idóneos para alcanzarle y lo alcanzaron, no existe razón jurídica alguna para hacer distinciones frente a una ley que tiene por principio supremo la protección del derecho, empero, también incide aquí en otra evidente petición de principio, pues da por inconcluso que los medios morales son medios idóneos para cometer un homicidio. Por nuestra parte, creemos que esto no puede afirmarse sin realizar una previa indagación típica.

Antes de exponer nuestro pensamiento en orden al problema, hemos de subrayar que destacados penalistas modernos afirman también que el delito de homicidio puede cometerse por medios morales. Un primer grupo lo adversa, cual un dogma, de una manera abstracta y general, aunque sin aportar razón jurídica alguna. Y así Altavilla manifiesta que el homicidio puede cometerse mediante un medio moral que cause un trauma psíquico, pues es obvio que puede matarse con un susto o con un dolor; Ranieri dice escuetamente que puede cometerse el homicidio por

medios morales; Eusebio Gómez se limita a afirmar, siguiendo a Carrara, que se puede cometer homicidio por medios materiales y morales. Cuello Calón y Quintano Ripollés creen en la posible y correcta existencia de un homicidio moral, y entre nosotros González de la Vega escribe que la privación de la vida humana puede ser motivada por violencias morales. Un segundo grupo lo afirma también de una manera abstracta y general, con argumento letórico de dramatismo, aunque exentos del contenido y serenidad científica. Debe citarse aquí a Maggiore, ya que asegura que el homicidio puede cometerse ocasionando un dolor atroz, un susto, una tortura moral, una calumnia, una injuria, pues en estos casos, demostrada de idoneidad del medio, nada hay más abyecto y perverso que matar el cuerpo de una persona a través del alma. Y finalmente, un tercer grupo de penalistas condiciona la posibilidad de comisión del delito de homicidio por medios morales, a que éstos se pongan en juego en función de un determinado individuo en quien concurren circunstancias especiales. Y así, Antoliseis afirma que "un simple susto que de ordinario no produce efectos deleterios, puede resultar mortal si es inferido a un individuo afectado por una grave aneurisma de aorta, en tanto que Soler considera que no puede descartarse del homicidio causado por medios morales, como acontece si un sujeto para matar a un cardíaco, decide, tentar el procedimiento de comunicarle la muerte de su hija y tiene éxito. Domman, en los tres grupos mencionados, las corrientes teleológicas que afirma que el derecho punitivo no puede ser regido por la ciega ley de la

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

causalidad material, sino que como el hombre es un ser inteligente que conoce y calcula el límite que las resistencias orgánicas de sus semejantes ofrecen a las agresiones morales, también abarca todo comportamiento psíquico que el hombre ha provocado mediante su inteligencia puesta al servicio del crimen. Empero, esta solución encierra una petición del principio pues el hombre desconoce el límite de las resistencias humanas de sus semejantes frente a las agresiones psíquicas y sus personalísimos cálculos y deseos que no pueden integrar el dolo del tipo que requiere la figura de homicidio, y menos en el Derecho Penal valorar dichas agresiones psíquicas como un medio idóneo de matar.

Si se analizan las posiciones jurídicas que en orden al problema se recogen en los tres grupos citados, de inmediato se advierte que las de los dos primeros carecen de solidez científica y no tiene más valor que el de simple manifestaciones intuitivas y temperamentales, habida cuenta de que no descienden a analizar la verdadera cuestión en realidad elocuente para despejar la incógnita, esto es, si las acciones psíquicas a los medios morales son adecuados para producir la muerte. Esta magna cuestión es planteada con buen tino por los penalistas del tercer grupo, quienes con fundamento en la correcta teoría de la adecuación del caso concreto, concluyen que los medios morales son adecuados para producir la muerte en aquellos casos muy calificados por las circunstancias personales concurrentes en el sujeto pasivo. Certero el

planteamiento, creemos, sin embargo, que no lo es la solución, pues la refinada y perversa intención de la gente no es bastante para integrar un delito de homicidio, como no sea un trueque de concebir el derecho punitivo como un simple derecho de voluntad.

La adecuación relevante ante el Derecho Penal es la adecuación e idoneidad típica. No son subsumibles en el tipo del homicidio otras conductas que aquéllas que, según la propia esencia del tipo, conceptualmente implica en todos sus aspectos o relieves penalísticos - tentativa y consumación, reproche por dolo y reproche por culpa - comportamientos adecuados e idóneos para privar de la vida a otro. Ni la intención del agente, ni la finalidad de acción, ni los actos realizados con dicha intención o finalidad, ni resultado, coincidente y armónico con aquélla intención o finalidad, son bastantes para integrar el tipo de homicidio; preciso es que, según la propia esencia de dicho tipo podamos concluir que nos hayamos ante un comportamiento idóneo para matar.

Existen conductas que por ser antológicamente inadecuadas para la realización del tipo de homicidio, carecen de toda significación penalística, como acontece con la de quien para matara a otra se valiera de maldiciones, resos, o exorcismos, aunque el caso que la supuesta víctima falleciera de un colapso cardíaco aterrorizada al saberse objeto de imprecaciones, invocaciones o de conjuros. La figura del llamado

delito imposible se dibuja aquí con toda perfección. Y aunque a primera vista pudiera parecer más dudoso como esa misma inadecuación concurre en las demás hipótesis en que se produce una muerte coincidiendo con un impacto moral, como acontece con la conducta de quien apunta con un revólver descargado a una persona, la cual instantáneamente muere por parálisis cardíaca producida por la impresión. Por el mismo linaje de razones dada la ausencia de toda idoneidad material hay que llegar a igual conclusión, en todos aquéllos supuestos extraídos de la literatura, procedentes de laboratorios o seminarios penales o citados como ha acontecido por penalistas, en los que un suceso mortal acaece en ocasión de realizarse por una persona, comportamientos que pueden producir en otra sustos o disgustos, dolores o penas, aflicciones o quebrantos. La forma comisiva típica regular y propia de perpetrar un homicidio, implica el ejercicio de la violencia o la puesta en marcha de medios insidiosos de inequívoca potencialidad material lesiva, cuyos efectos el hombre puede aquilatar y controlar. Los efectos mortíferos que hipotéticamente pueden producirse a consecuencia de sustos o disgustos, dolores o penas, aflicciones o quebrantos, si bien pueden ser previstos por la perfidia esperanza de un hombre, no pueden ser aquilatados y controlados por la serenidad augusta de la ley penal.

Aceptarse que en la mente que rige el tipo de homicidio se hallan inmersos los medios morales de comisión, sería tanto

como introducir en la vida del Derecho la más aberrante inseguridad jurídica, cuenta habida de que con fundamento en las sevicias y crueldades, oriundas de rencores y odios, en que todos los hombre incidimos frecuentemente en las diversas esferas de nuestra vida diaria, podría reprocharse directa o eventualmente, por imperativo de la arcaica presunción de dolo establecido en el artículo 9º, el haber producido dolosamente la privación de una vida humana, cuando la muerte de nuestro semejante no se hubiese producido, al haber realizado actos idóneos para privarle de la vida, esto es, una tentativa de homicidio. ¿Y qué mejor demostración de inidoneidad de los medios morales en la comisión de un homicidio puede presentarse que la contemplación del cuadro penalístico que se ofrece a nuestros ojos, cuando no obstante el medio moral pérfidamente empleado, el resultado de muerte no se ha producido? Jiménez de Asúa ha visto y destacado, con su privilegiada inteligencia, este aspecto que el problema ofrece, y niega rotundamente que si la muerte que se ha querido causar mediante el empleo de medios morales no sea producido, pueda sancionarse al sujeto que efectuó la conducta como responsable de homicidio en grado de tentativa, no obstante que la más elemental lógica está demostrando que si se admite la consumación cuando el resultado se produce, hay que admitir la tentativa cuando dicho resultado no sobreviene. "Esto último - escribe - es imposible desde todos los puntos de vista -teleología del tipo, verbo activo, imagen rectora, medios usados, etcétera - que se examinen". Y esta imposibilidad

demuestra, tanto lógica como jurídicamente, que si los medios morales son inadecuados para ser subsumidos en el dispositivo típico de la tentativa, es porque los propios medios son inadecuados para ser subsumidos en el tipo de homicidio que describe el artículo 302 del Código Penal.

Pero además de las razones que, para el rechazo de la admisibilidad de los medios morales como forma típica de comisión de homicidio, surgen de la tentativa, hallamos también otros fundamentos que nos aferran en nuestra convicción, cuando observamos los relieves penalísticos que presenta el delito de homicidio contemplado desde el ángulo de la culpabilidad. Es práctica establecida en la vida de relación la de adoptar determinadas precauciones cuando una persona se ve en un penoso deber de comunicar a otra una desgracia familiar por ésta sufrida en lugar lejano. Supongamos por un momento, que un individuo está insensible al dolor humano que comunica a otro una desgracia de esta índole, de sopetón, esto es, de improviso, sin adoptar las elementales precauciones del caso y que a consecuencia de tan notoria imprudencia, la persona a quien se comunica dicha desgracia fallece de un colapso cardíaco. Y aunque reconocemos que dicho sujeto se ha comportado de una manera brutal y ha incidido en la más grosera imprudencia, su proceder no es, a nuestro juicio subsumible típicamente en el artículo 302, pues aunque pudiera pensarse que ha ocasionado su muerte no le ha privado de la vida. Pero avancemos más en la indagación:

imaginemos que una persona al conocer que un enemigo ha perdido un ser querido, se apresura a comunicarle escuetamente la fatal noticia con el exclusivo deseo de producirle un intenso trauma psíquico que le prive de la vida, como así acontece. ¿Es adecuada típicamente dicha conducta al delito de homicidio? A nuestro juicio no, pues no existe en ella otra base fáctica que la perversa intención del agente apoyada en un hecho cierto - la muerte del pariente - y lícito -comunicar un hecho cierto-. Y aunque nos hallemos en este caso ante un hombre perverso y malvado que pone en juego medios morales para causar el mal, los radios de los círculos de la moral y del derecho punitivo son de diversa longitud. La moral puede y debe ejercer su censura sobre las intenciones, máxime cuando éstas se han traducido en un mal real y cierto. El Derecho Penal sólo conecta sus sanciones a los comportamientos del hombre típicamente realizados; y no es un comportamiento comisivo típico de producir la muerte, el de poner sustos y disgustos, dolores y penas, aflicciones y quebrantos, tristezas y angustias. Las formas comisivas típicas y regulares de perpetrar un homicidio, son aquéllas que, como las que describe la Ley de Las Siete Partidas, implica el ejercicio de la violencia o la puesta en marcha de medios de inequívoca potencialidad lesiva. Hablar de un homicidio moral, inmaterial o espiritual repugna a la esencia del Derecho punitivo.

"El propio Código Penal en sus artículos 303, fracción I (" Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión ...") y fracción III ("... quo la muerte fuere resultado

de las lesiones inferidas"), 304 ("...las circunstancias en que recibió la lesión") y 305 ("no se tendrá como mortal una lesión aunque muera el que la recibió: Cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido..."), está utilizando el término "lesión", en su sentido de acción, material y corpórea." (30)

El homicidio puede cometerse mediante acción, omisión simple y comisión por omisión. Hasta este momento sólo hemos hablado de la acción y en la que se concluyó que para causar un homicidio necesariamente se requiere una lesión, una alteración a la salud idónea, que traiga como consecuencia la muerte; no obstante el homicidio también puede producirse mediante una omisión simple, que se traduce como un incumplimiento del deber de cuidado, así como la comisión por omisión, que es el incumplimiento de actuar voluntario con la intención de producir un resultado.

En ambos casos la omisión deberá ser idónea y causación verdadera del homicidio; así tenemos los clásicos ejemplos de la madre que olvida alimentar a su recién nacido; o bien aquella que con la intención de producir la muerte de éste; voluntariamente no lo alimenta.

Nexo de Causalidad.- De todos los tipos previstos en

(30).- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- Ob. Cit. Tomo II.- Págs. 28 a 42.

nuestro Código Penal el que mejor establece el nexo causal lo es, el homicidio; precisamente en sus artículos 303, 304 y 305.

El artículo 303 nos dice:

"Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya sea por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

"II.- Derogada." (contenía el absurdo elemento temporal de 60 días).

"III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso, declarasen dos peritos, después de hacer la autopsia, cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en este artículo, en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales."

Pues bien, el numeral transcrito nos establece, en primer lugar, que la lesión inferida haya sido la causante de la muerte y que esto sea constatado por dos peritos médicos, quienes tras de hacer la necropsia (término correcto y no autopsia) dictaminen qué fue lo que produjo la muerte.

Pero, qué ocurre cuando el cadáver no se encuentra o por alguna circunstancia la necropsia no pueda practicarse; bien, el último párrafo del artículo a estudio, determina que en ambos caso bastará que los peritos médicos así lo dictaminen con base

a las actuaciones.

"Artículo 304.- Siempre que se verifique las tres circunstancias del artículo anterior, se tendrá como mortal una lesión, aunque se pruebe:

I.- Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;

II.- Que la lesión no habría sido mortal en otra persona;
y,

III.- Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión".

Este numeral tiene por objeto evitar que se nulifique el nexo de causalidad en un homicidio y que se descarten posibilidades absurdas de ello, ya que aún cuando se presenten o aleguen dichas circunstancias, la muerte fue consecuencia de la lesión inferida.

El artículo 305, por su parte, nos descarta el nexo de causalidad con la existencia de una concausa anterior o posterior:

"No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió; cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodean."

El precepto invocado enuncia algunas concausas

posteriores, pero omite señalar las anteriores; se consideran como concausas anteriores la preexistencia de alguna enfermedad, y aquí tenemos el por qué la conducta del homicidio no puede ser de naturaleza moral.

Al darle un susto o dolor a alguna persona que padece de afecciones cardíacas y dichas afecciones se agravan por el susto o el dolor ocasionando con ello la muerte, estamos ante un homicidio producido por una concausa anterior, es decir, la enfermedad cardíaca preexistente; no siendo posible, en consecuencia, establecer el nexo de causalidad.

Por lo anterior, en la práctica jurídica penal, se recurre a la teoría "*sine qua non*", en la que mentalmente debemos eliminar la causa que produjo el resultado; si aún así el resultado se presenta, significará que la muerte no fue consecuencia de la conducta y por tanto no hay nexo de causalidad.

El resultado.- Invariablemente lo es de resultado material e instantáneo. Material porque el resultado, que es la muerte, puede apreciarse con los sentidos e instantáneos toda vez que este delito de homicidio se consuma con la muerte.

No es desconocido por nadie, que existe la muerte

cerebral, sin embargo, el estado vegetativo, no constituye resultado de homicidio, sino de lesiones; para el homicidio es indispensable que exista la muerte real; es decir la suspensión total e irreversible de las funciones cardiorrespiratorias.

Decimos total, ya que aún cuando en muchas ocasiones no es perceptible a simple vista las funciones cardiorrespiratorias, éstas existen y por ende no podemos hablar de muerte real.

Irreversible, ya que actualmente existen los llamados resucitadores que funcionan a base de electrochocs y que provocan el refuncionamiento cardio-respiratorio; de ahí que el lapso existente entre la suspensión de estas funciones y la aplicación de tan maravilloso aparato, es una verdadera muerte real, sin embargo en ocasiones es reversible, y por tanto no puede hablarse de un resultado para efectos del homicidio.

b).- Elementos Subjetivos.- El delito de homicidio, en orden a la culpabilidad, puede revestir las dos formas dolo y culpa.

Para la integración del delito de homicidio, aparte de la muerte de un ser humano consecutiva a una lesión moral, es preciso la concurrencia del elemento moral: la muerte deberá ser intencional o imprudentemente por otro hombre. En consecuencia

los homicidios casuales realizados son ausencia de dolo o de culpa no serán delictuosos. Tampoco podrá ser considerado como homicidio el acto por el cual una persona se causa así misma voluntaria o involuntariamente la muerte; el suicidio, aún cuando no se consume, escapa a toda represión penal; la intervención de terceros en el suicidio.

Los tratadistas, especialmente los franceses, señalan como elemento del homicidio la voluntad de matar, *animus necandi*, debido a que algunas legislaciones mencionan el propósito homicida en la definición del delito y prevén una figura especial, con penalidad disminuida, para los actos en que el sujeto activo sin ánimo de matar, preterintencionalmente causa la muerte; en estas legislaciones se exigen conjuntamente, para la integración del verdadero homicidio, el daño objetivo de muerte y el propósito subjetivo de causarlo.

Siguiendo este pensamiento, el Código de 1871, en su artículo 557, establecía disminución de sanción para los que causasen involuntariamente la muerte de una persona a quien sólo se proponía inferir lesiones no mortales; dicha atenuación se aplicaba en los homicidios cometidos con ausencia de dolo específico o genérico de muerte.

"En la legislación actual no es aplicable el criterio de esos tratadistas, porque en la definición que da el artículo 302 del Código Penal no se menciona la voluntad de matar

como constitutiva, y porque dentro de las reglas aplicables a la intencionalidad delictuosa, prevista en el artículo 9º, se comprenden además del dolo específico de consumir el daño que resulte, la mayor parte de los dolos genéricos, de las eventualidades y de las preterintencionalidades". (31)

En conclusión el homicidio podrá producirse con dolo directo, indirecto, determinado, indeterminado o eventual; igualmente mediante culpa consciente con representación y culpa inconsciente sin representación.

4.- Tipos Circunstancialmente Complementados Subordinados Privilegiados del Homicidio,

Son tres los tipos circunstancialmente complementados subordinados privilegiados del Homicidio: Homicidio en riña, duelo o con estado de emoción violenta.

Riña.- Se encuentra prevista en el artículo 314 del Código Penal que dice: "Por riña se entiende para todos los efectos penales, la contienda de obra y no la de palabra entre dos o más personas".

Debe de existir un ataque recíproco entre los

(31).- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.- Editorial Porrúa, S.A. 17ª Edición; México, 1981.- Pág. JJ.

contendientes, un intercambio de golpes con acuerdo de voluntades y el ánimo regendi entre los mismos. Así mismo, debe de existir más o menos un equilibrio de fuerzas, instrumentos o número entre los contendientes, pues en caso contrario podría existir ventaja por parte de alguno de ellos.

Para los efectos de la punición, conforme a lo dispuesto por el artículo 308 de la Ley Sustantiva de la materia, deberá de tomarse en cuenta quien fue el provocado y quien el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación.

Duelo.- Nuestra legislación penal, no nos proporciona un concepto de duelo, de ahí que tenga que acudirse a la teoría para determinar que duelo es:

"un combate concertado, con armas mortíferas, entre dos o más personas, en reparación del honor ultrajado; combate precedido de un desafío y que tiene lugar en presencia de testigos, que con anterioridad han escogido las armas, el lugar y el tiempo del encuentro." (32)

En el duelo existe plena voluntad entre los contendientes respecto del combate así como las condiciones que regularan al mismo.

(32).- GARRAUD.- Tratado Teórico y Práctico del Derecho Penal Francés. Editorial Recuil Sirey, París, 1924; Tomo V.- Pág. 936.

En el duelo, al igual que en la riña, para efectos de la punición se estará a quién fue el provocador o retador y quién el provocado o retado.

Estado de emoción violenta.- Esta es una atenuante de reciente creación (10 de enero de 1994), que vino a sustituir a las atenuantes contempladas en el artículo 310 y 311 del Código Penal, para quedar como sigue en el numeral primeramente citado:

"Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad...".

La presente reforma tiene por objeto generalizar el estado de emoción violenta, pues antiguamente sólo se consideraban como si aquél que "sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge" y "al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro".

A esta redacción casuística, escapaban muchos más

supuestos, por los cuales un sujeto debido al coraje o a los celos podía "perder la cabeza" y matar a alguien; toda vez que no sólo por el acto sexual se pueden causar estados de locura momentánea, como los llama el Derecho Norteamericano. En tal virtud, consideramos que la redacción actual es más justa y general.

5.- Tipos Circunstancialmente Complementados, Subordinados, Cualificados del Homicidio.

El artículo 315 del Código Penal nos establece:

"Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometan con premeditación, con ventaja, con alevosía o traición".

De ahí que los tipos circunstanciados del homicidio, es cuando éste se comete con premeditación, ventaja, alevosía o traición.

Premeditación.- La enuncia el segundo párrafo del numeral citado y es: "siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer".

Para que exista premeditación, es necesario que se recorra un camino mental del delito que va desde

la concepción, deliberación, preparación, hasta la ejecución, un tiempo más o menos largo en el que el agente haya madurado la comisión de delito y dado que éste es evidentemente mental, a menos que exista confesión, resulta difícil establecerla; de ahí que tendremos que basarnos en los actos exteriores para poder afirmarla; siendo estos actos por ejemplo; el que el sujeto activo del delito haya proferido amenazas a su víctima, la haya vigilado o bien haya conseguido las armas a propósito.

El último párrafo del artículo 315 del Código Penal nos dispone la presunción de premeditación, ello supone que se actuó con premeditación salvo que se acredite lo contrario, constituye pues, una presunción *Iuris Tantum* al decir:

"Se presumirá que existe premeditación, cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas, o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra substancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad".

Este párrafo viene a romper con el principio general del Derecho de presunción de inocencia ya que aquí la carga de la prueba se la dejan al procesado, pues será considerado como homicidio premeditado salvo que se pruebe lo contrario, y por supuesto que al Ministerio Público nunca le interesaría comprobar

lo contrario.

Por lo que, así como fue derogada la presunción de dolo, proponemos sea derogado el párrafo tercero del numeral tantas veces citado.

Ventaja.- Se encuentra prevista, por demás casuísticamente en el artículo 316 de la Ley Sustantiva de la materia al señalar:

"Se entiende por ventaja:

I.- Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;

II.- Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que lo acompañan;

III.- Cuando se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; y

IV.- Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie.

"La ventaja se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuera el agredido, y, además, hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia".

Dijimos que la redacción del artículo 316 es casuística, toda vez que en las fracciones I, II, IV no se contemplan todos los supuestos de ventaja que pudieran existir, en tanto que en la III se engloban todos aquellos que pudiesen existir, ya que la ventaja en nuestra opinión constituye la superioridad que otorga el valerse de algún medio, debilitando la defensa del ofendido.

Por otra parte, indudablemente que la ventaja no podría tomarse como tal si el que se vale de ella está repeliendo una agresión, real inminente y sin derecho en defensa de sus bienes o su persona, o bienes o personas de otros. Así mismo, es requisito indispensable para que exista ventaja el hecho del conocimiento de esa superioridad y la conciencia de la invulnerabilidad; según establece el numeral 317 del ordenamiento Penal Sustantivo.

La Alevosía.- Se encuentra prevista por el artículo 318 del Código Penal que dice:

"La alevosía consiste: en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le da lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiere hacer".

La alevosía implica una desventaja para el ofendido toda vez que es un ataque inesperado que no da lugar a defenderse. Se

podría afirmar que el empleo de la alevosía implica la premeditación, para ello sólo puede aseverarse cuando se utiliza la asechanza y no será premeditado cuando la alevosía se realiza sorprendiendo de improviso ya que aquí la desventaja la constituye la indefensión de la víctima.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia ha determinado:

"La alevosía es un ataque intempestivo e inesperado, no precedido de disgusto, sin que obste que el ofendido vaya acompañado de otras personas, ni que lleve armas, si dada la forma de la agresión no tiene tiempo de usarlas o bien no puede rechazar el ataque por hallarse desprevenido".
Suprema Corte de Justicia. Tomo XXXIV, Pág. 2567.

"Presenta la alevosía dos formas: La primera se caracteriza por la sorpresa de la agresión imprevista la segunda por las asechanzas como medio para impedir la defensa; puede decirse que una y otra tienen como base la premeditación, pero su característica es la de hacer imposible que el agredido se defienda. Tiene pues, una condición subjetiva: la del agente del delito consistente en su intención de cometerlo evitando toda posibilidad de sorpresa. No sólo caracteriza la primera forma de la alevosía la sorpresa en la previsión del ataque sino también la asechanza; ésta coincide con el "quetapens" de la técnica francesa y es la maniobra por la que se atrae a la presunta víctima a un lugar o se la reduce a condiciones en que la sorpresa de la agresión elimina toda posibilidad de defensa".

Anales de Jurisprudencia. Tomo XX, Pág. 694.

Traición.- La traición ha sido considerada como una supercalificativa en virtud de que para su existencia requiere además de la perfidia y la violación a la fe tácita o expresa de la alevosía.

Se encuentra prevista en el artículo 319 del Código Penal que dice

"obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dice al respecto:

"La traición es un caso específico de alevosía, que contiene todos los elementos de ésta y además la perfidia o sea la violación de la fe o seguridad expresa o tácita que el muerto hubiera podido recibir del procesado".
Anales de Jurisprudencia. Tomo I.
Pág. 303.

"La relación de confianza que se --
quebranta por el delincuente cuando obra
con traición, es la que existe directa-
mente entre los agentes del delito, y

nunca la establecida por un tercero, aunque se trate de la concubina del inculpado, madre del pasivo, que al ser muerto tenía dieciocho meses de edad. Por otra parte, se requiere para que opere la calificativa de traición, tener capacidad el pasivo para entender y mantener el nexa inspirador de confianza, el que no es posible concebir, cuando la víctima tenía tan corta edad." Suprema Corte, Séptima Época Segunda Parte, Volúmen 14, Pág. 45.

"No se configura la calificativa de traición en los delitos de homicidio y lesiones, cuando el conocimiento que entre sí se tienen los protagonistas de los hechos, devienen de un trato -- ocasional, habida cuenta que los lazos de lealtad, fidelidad y seguridad que dan vida jurídica a la calificativa de que se trata, tienen el apoyo en relaciones preexistentes basadas en un trato constante y estrecho." Suprema Corte, Séptima Época, Segunda Parte, Volúmen 16, Pág. 35.

6.- Tipos Calificados por Circunstancias de Parentesco.

Con las reformas al Código Penal, publicadas el lunes diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, y que entraron en vigor el primero de febrero del mismo año, fueron derogados los delitos de Parricidio e Infanticidio, aunque éste último lo conservó el artículo 327 que prevé el Infanticidio Honoris Causa, incurriendo en un grave error el legislador al omitir en

el texto de las reformas la derogación de este numeral, siendo que en el artículo primero del decreto del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, se menciona su derogación.

Quedando vigente, de esta manera la más grande aberración que ha contenido nuestra legislación penal, toda vez que lejos de considerar como calificada la muerte que de su hijo hace su propia madre, para eliminar cualquier deshonra, le otorga una pena privilegiada, ocupando con ello el honor un lugar de mayor importancia que la vida humana de un ser totalmente indefenso que lo único que debía de recibir de su madre, es protección y amor.

Lo anterior trae también como consecuencia una contradicción total con la nueva redacción del artículo 323 de la Ley Sustantiva de la materia en virtud de que por una parte considera atenuado el Infanticidio honoris causa y por otra parte califica la muerte del descendiente por su ascendiente consanguíneo en línea recta, lo que en la práctica penal y siguiendo el principio general del derecho de "Indubio pro reo" se deberá imponer la pena menor que en este caso es la prevista por el artículo 327 del Código Penal.

Así las cosas, el artículo 323 establece: "Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubino, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la

sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores".

Como podemos observar aquí se requiere el conocimiento del parentesco o relación entre víctima y victimario; desde luego que para que pueda operar esta calificativa, además de las ya estudiadas, el delito de homicidio deberá ser doloso; ya que si es culposo, la conducta estaría amparada por una excusa absolutoria, que es la prevista por el numeral 321 bis que prevé:

"No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima".

Con todo lo anterior damos por concluido el presente capítulo en el que se estudió el tipo de homicidio que es uno de los comprendidos en los tipos complejos.

CAPITULO CUARTO

EL TIPO DE VIOLACIÓN.

1.- El tipo de violación. 2.- Elementos del tipo: a). Elementos objetivos. b). Elementos subjetivos. 3.- Violación Impropia o Violación por Equiparación. 4.- Violación Ficta o Instrumental. 5.- Violaciones Calificadas.

El delito de violación, dentro del ámbito jurídico-social ha revelado una gran preocupación, por ser un ilícito definitivamente despreciable; tan es así que con las reformas hechas al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro; el delito de violación es considerado como delito grave, negándose por ese hecho el derecho a la obtención de la Libertad Provisional.

En el presente capítulo haremos un estudio completo de este tipo a través de sus elementos objetivos, subjetivos, normativos y los tipos especiales de violación impropia o equiparada, violación ficta, así como sus tipos subordinados calificados.

1.- El Tipo de Violación.

La libertad de amar, como valor inherente al hombre, es tutelado por todas las legislaciones punitivas. Tenemos por ejemplo:

El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero, en su artículo 139 establece: "A quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo. . ."

El numeral 152 del Código Penal del tres veces heróico Estado de Veracruz nos dice: "A quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo. . ."

Por su parte el Código Penal del Estado de Jalisco nos señala en su artículo 175 ". . . al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, cualquiera que sea su sexo."

El ordenamiento subjetivo del Estado de Guanajuato en su numeral 249 señala ". . . al que por medio de la violencia física y moral imponga cópula a otra persona. . ."

Finalmente el artículo 265 del Código Penal vigente para

el Distrito Federal establece: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo. . ."

Como se puede apreciar, los diversos tipos antes señalados coinciden en tener los mismos elementos:

- Cópula
- Uso de la violencia física o moral
- Sujeto pasivo de cualquier sexo.

De acuerdo a la clasificación de los tipos, el de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal es un tipo básico, fundamental, autónomo y normalmente se le conoce como violación genérica, diferenciando así de la impropia o por equiparación y la ficta o instrumental.

2.- Elementos del Tipo.

El tipo de violación se encuentra conformado por elementos objetivos que lo son, la conducta, el nexo causal y el resultado; y elementos subjetivos que lo configura el dolo.

a). Elementos Objetivos.

Entre ellos encontramos la conducta, el nexo de

causalidad y el resultado.

Conducta.- La constituye la cópula; de acuerdo al párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, cópula es la introducción del miembro viril por la vía vaginal, anal u oral.

El prestigiado penalista argentino Sebastián Soler se refiere a la cópula como acto o acceso carnal y manifiesta:

"Es una enérgica expresión que significa penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea vía normal o anormal. El término acceso, proviene del latín *accessus*, significa ayuntamiento, entrada o paso".

"Al referirse la ley a "acceso carnal", clara y castizamente descarta que se puedan considerar como violación los actos de molice, los torpes desahogos, mientras no importen unión sexual, conjunción penetración normal o anormal. Este es el sentido tradicional de la expresión en la doctrina. No se requiere un acceso carnal completo o perfecto, bastando que haya penetración, pero ésta es necesaria, pues la ley vigente ha sustituido los términos vagos "aproximación carnal" del proyecto Tejedor o "aproximación sexual" del proyecto de Villegas - Ugarriza - García, por la frase que ahora se emplea. No es necesaria la desfloración, pero no es bastante el coito *inter fémora*". (34)

En efecto, para que exista cópula, necesariamente debe existir la penetración del miembro viril por vía anal, oral, o vaginal, es decir vía idónea o inidónea; no se requiere una penetración total, pero no resulta suficiente un coito *inter*

(34).- SOLER, SEBASTIAN.- Derecho Penal Argentino.- Tomo III, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires.- 1ª Edición, 1975.- Pág. 281.

fémora, es decir entre piernas, así mismo, tampoco requiere la desfloración o ruptura del hímen, pues incluso existen hímenes elásticos o complacientes que permiten la penetración sin desfloración; además, me permito añadir, que tampoco se requiere la eyaculación o satisfacción de la lascivia en el sujeto activo.

Contrario a lo anterior el maestro Alfredo Achaval opina: "Ni el fellatio ni la sodomía asumen el acceso carnal, la honestidad de la soltera seguía demostrándose con el hímen intacto, y de la casada se salvaguardaba con el cinturón de castidad que protegía la vagina del intruso, pero no el ano, ni la boca y es que acceder a la carne de la mujer es acceder al útero, donde el hijo es carne de su carne o "encarno". Nada tiene que ver la "carne" recto a la "carne" orofaringe; carecen de relevancia del mandato "creced y multiplicaos".

"En el afán de represión de la función sexual, se deja lo genital y así se llega a la fantasía de posibilidades por conductos auditivos o nasales, fundados en que "conducen hacia el interior del cuerpo". Si la imaginación la hubiera llevado a más extremas posibilidades de represión, incluirían el mirar el pene, ya que "la imagen va hacia adentro". Para abuso deshonesto quedaría sólo la superficie de la piel con mucho riesgo para el surco intermamario e interglúteo y el coito interfemoral." (35)

En los mismos términos Balthazard afirma: "De igual manera tampoco puede definirse como violación el hecho de que un individuo practique un coito anal en un niño, hasta practicado en una mujer, o una niña, la sodomía, será siempre un atentado al pudor, puesto que no expone al embarazo." (36)

Esta confusión respecto a lo que debíamos entender por

 (35).- ACHAVAL, ALFREDO.- Delito de Violación. - Estudio Sexológico, Médicolegal y Jurídico.- Editorial Abeledo Perrot.- 1ª Edición.- Buenos Aires, 1979.- Pág. 181.

(36).- BALTHAZARD.- Medicina Legal. - 2ª Edición Española, traducida y anotada de la 3ª Edición Francesa, Salvat Editores.- Barcelona, 1979.- Pág.401.

cópula o acceso carnal, se debía a que el Código Penal en su artículo 265 no proporcionaba, como actualmente adolecen los Códigos Penales de los Estados de Guanajuato, Jalisco, Veracruz y Guerrero del concepto de cópula, pues éste se debe apenas a las reformas hechas al numeral mencionado por Decreto del 23 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial del 21 de enero de 1991, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Por lo que, como manifestara el maestro Luis Alberto Kvitko, "sin incurrir en ningún tipo de interpretaciones que pretendan llegar más allá de donde debe llegar la letra y el espíritu de la ley. . ." (37), cópula es la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Pero dado el concepto de cópula, debemos afirmar que el sujeto activo del delito necesariamente tendrá que ser del sexo masculino, toda vez que sólo los individuos de ese sexo se encuentran dotados de "miembro viril".

Así mismo, también debemos afirmar que dado que la cópula es la introducción del miembro viril, es decir, acción de meter;

(37).- KVITKO, LUIS ALBERTO.- La Violación.- Editorial Trillas, 1ª Edición, México, 1986.- Pág. 19.

no constituirá violación aquélla conducta activa consistente en hacerse penetrar.

Para que se constituya el delito de violación, no basta la existencia de la cópula, sino que ésta debe ser impuesta mediante el uso de la violencia física o moral.

El párrafo tercero del artículo 373 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

"Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona".

Si bien es cierto que en materia penal no puede aplicarse la analogía resulta necesario establecer el concepto de violencia física que consagra nuestro Código Penal, para realizar el estudio de este elemento del tipo de violación, ya que para este delito no existe explicación legal alguna.

Implica la violencia física el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica. Sería irreal que una fornida campesina adujera haber sido violada por medio de la fuerza muscular desplegada sobre ella por un

individuo físico y enclenque.

Existe violencia auténtica - señala Carrara - cuando la voluntad contraria de la víctima es dominada por la fuerza física. Pero es preciso que la resistencia de la mujer se exteriorice en gritos o actos de protesta que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria a la del agresor. No basta que la mujer se limite a manifestar que no quiere y al unísono deje que el hombre realice su deseo. Y no basta por dos razones: en primer lugar, porque el juez no sabría si la mujer que se opone de palabra pero que materialmente acepta, quería o no el acto sexual; y en segundo término, porque ante esa conducta contradictoria y equívoca, el inculpado bien pudo creer que no ejercía violencia sino realizaba un acto gratísimo para la mujer. Es bien sabido por una antiquísima sentencia reafirmada por una experiencia plurisecular, que muchas veces bajo una aparente negativa se oculta un deseo ardiente y un consentimiento claro. La mujer que, en verdad no quiere, tienen mil e inequívocos medios para manifestar su oposición al hombre que la pretende, con objeto de hacer indudable el dolo de aquél y tranquilizar la conciencia de éste. Pocos delitos como el de violación se prestan, por ausencia de una prueba directa o histórica a acusaciones falsas, no sobre el hecho de la cópula sino sobre el de la fuerza empleada, hasta el extremo de existir páginas inmortales en la literatura clásica en que con escepticismo, humorismo

e ironía se burlan de las mujeres que se dicen forzadas.

La resistencia ha de ser, como señala el gran maestro Toscano, seria y constante. Es seria cuando está exenta de simulación y refleja una auténtica voluntad contraria; y constante cuando es mantenida hasta el momento último, excluyéndose aquélla que existe al comienzo y después cede para participar en el recíproco goce. Conserva un gran valor para dilucidar si faltó la voluntad de la mujer, la conducta posterior a ésta, a que hicieron mención los prácticos Engau y Leyser. Son, en efecto, datos o indicios de mucha monta para excluir la voluntad contraria, el de que la mujer que se dice forzada hubiere continuado sus relaciones sexuales con el supuesto violador y el de que no hubiere denunciado inmediatamente el hecho y sólo lo hiciera después de algún tiempo, al darse cuenta de que se hallaba encinta.

El que la voluntad contraria deba ser seria y constante, no presupone que tenga que ser materialmente anulada por una irresistible fuerza; basta que la violencia o la energía física desplegada por el sujeto activo venza la voluntad de su víctima, ante el convencimiento de ésta de la inutilidad de seguir oponiendo una inoperante resistencia ya debilitada, cuando no eliminada. En manera alguna debe concluirse en estos casos, que la víctima cedió voluntariamente en su resistencia, sino que su voluntad contraria llegó al último y racional extremo

y sucumbió ante la superior fuerza o energía física puesta en juego por el sujeto agente.

La fuerza o violencia ha de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que la circundan, sin perjuicio de que la ejercida sobre éstas pueda tener trascendencia contemplada desde el diverso ángulo de la intimidación o violencia moral, por ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si ésta opone resistencia a sus propósitos. Y lo mismo acaece con la violencia física ejercida sobre quienes, por razón de amor o parentesco, tengan lazos de identidad con la persona con la que se quiere tener la antijurídica cópula.

"Jiménez Huerta refiere que no es necesario para afirmar que en el hecho medió la violencia física, que por su material empleo el sujeto agente realice la cópula, pues puede acontecer, sin que se desnaturalice dicho medio, que la violencia se ejerza sólo durante la parte inicial del proceso ejecutivo, transcurrida la cual la víctima abandona toda resistencia, ora por no sufrir mayores sevicias, ora por estar agotada y carecer de energía para seguir la lucha. Por ser la figura típica en estudio un delito contra la libertad, no presupone el completo sometimiento físico y la total anulación de la voluntad ajena; basta que la fuerza física desplegada reduzca la voluntad en forma y grado que la despoje humanamente - no heroicamente - de la posibilidad de resistir. Ya Pacheco decía, en ocasión de comentar el Código Penal español de 1848: "No es indispensable que haya hecho una resistencia desesperada, y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto. Sobre todo, al igualar con la violencia física la intimidación, ha dado bien clara y entender la idea que la dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza o de poder. En resultando que la resistencia fue verdadera, y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violación está justificada."

"El empleo de la fuerza física es inoperante para la integración del delito en examen, en todos aquéllos casos en que su uso no tiene por fin reducir la voluntad ajena, por ser espontánea la entrega sexual, sino motivada por perversión sádica. Estas hipótesis, como bien dice Antolisei, puede dar lugar a responsabilidad por delitos diversos, v. gr., golpes, lesiones personales, etcétera." (38)

Podemos concluir que la Violencia Física la constituye toda fuerza física ejercida sobre la víctima a efecto de vencer su resistencia y lograr de esta forma imponerle la cópula.

La Violencia Moral, que es otro de los medios que exige el delito de violación, a diferencia de la física, ésta es meramente psicológica, es una conducta que tiene por objeto constreñir el ánimo de la víctima para lograr así anular su resistencia a la cópula.

La Violencia Moral puede consistir en amenazas o amagos; la primera es la manifestación expresa o tácita de un daño real, grave, presente e irreparable, pues si de alguna otra forma pudiera evitarse el daño que se quería causar, estaríamos ante la ausencia de violencia moral; ya que ésta debe ejercerse en tal forma que no otorgue salida alguna a la víctima para resistirse a la cópula.

(38).- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- Ob. Cit. Tomo III.- Págs. 257 a 262.

Los amagos, por su parte, es el amedrentamiento que se hace a la víctima con algún instrumento u objeto peligroso.

En ambos casos debe ser suficiente la violencia como para vencer la resistencia del pasivo.

Nexo de Causalidad.- Como ya lo hemos dicho, el nexo de causalidad, es la vinculación causa-efecto que debe existir entre la conducta y el resultado.

Siendo la conducta en el delito de violación la cópula y que ésta debe de obtenerse en contra de la voluntad del pasivo por medio de la violencia física o moral, la relación causal entre éstos y la afectación al bien jurídico tutelado, debe estar presente, pues en caso contrario no podríamos afirmar el nexo causal y por ende la existencia del delito.

En tal virtud, el uso de la violencia física o moral debe ser utilizada directamente para obtener la cópula y así lograr la afectación al objeto jurídico del delito; si la violencia se utiliza con demasiada antelación al hecho, de forma tal que dé lugar al sujeto pasivo a evitar el daño, o ésta se ejerce una vez impuesta la cópula, la relación causal entre la conducta y el resultado no se puede establecer.

Resultado.- En la estimativa de la objetividad jurídica del delito de violación, la doctrina, adopta criterios diferentes.

Para algunos autores, la objetividad jurídica, está constituida por la honestidad. Arilla Bas dice al comentar esta postura:

Ahora bien, ¿ qué honestidad daña la violación ? ¿ Será la de la mujer ofendida ?" Apenas tiene sentido esa pregunta. Según el diccionario de la Academia, honesto quiere decir tanto como decente, decoroso, recatado, pudoroso, razonable, justo, honrado. Esto es patrimonio individual, que sólo se destruye por los propios actos, pues nadie puede detentar la honestidad ajena. La mujer será deshonesta si se entrega extramaritalmente a un hombre, pero no si éste la fuerza contra su voluntad. Por consiguiente, la mujer violada no sufre merma alguna en su haber personal de pudor y decencia. ¿ Será en cambio la honestidad familiar la perjudicada por la violación ? La respuesta afirmativa la hallamos en Pacheco, que dice "el que roba, viola o seduce a una mujer, peca contra su padre y familia" pero ¿ por qué ? Esta afirmación categórica, que también sienta al dogmatismo del autor discípulo de Rossi, es a todas luces falsa, pues el delito existe, aunque la familia no exista. Y por otra parte ¿ qué honestidad familiar puede dañar la violación de una mujer emancipada? ¿ Atacará finalmente la

violación a la honestidad pública? Desde el punto de vista legal, no puede sostenerse esta cuestión, pues no es delito perseguible de oficio (en el Distrito Federal el delito de violación si es de oficio), sino, a instancia de parte, cuyo perdón extingue la acción penal o la pena. Y desde el punto de vista científico, el coito, que es el hecho deshonesto, no sirve de base para el delito, pues todo hombre puede unirse sin delinquir a toda mujer, si no la sustrae de la casa paterna ni la fuerza, ni la engaña, ni es menor de doce años.

Al respecto González Roura, sostiene, con razón, que no puede considerarse como deshonesto, a la mujer que ha sido víctima de una violación, ya que su voluntad no ha concurrido al acto, y por lo mismo que no hay razón para incluir a la violación en el grupo de los "delitos contra la honestidad", ni tampoco dentro de "los delitos contra la libertad", en atención a que la intención del sujeto activo se encamina a obtener la cópula y no a atacar la libertad.

Carrancá, sitúa la violencia carnal dentro de la categoría de los delitos que atacan la pudicia individual. A este respecto cabe indicar que en la violación, lo típico es la cópula que no es exigida en las figuras que las leyes describen para regular la pudicia como son el abuso deshonesto o el atentado al pudor.

Eusebio Gómez, expresó: La violación implica desde

luego un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien que con este delito se lesiona, sino el sentimiento del pudor, que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad. Manfredini, aún cuando acepta la doctrina del Código Italiano, en el sentido de ser la libertad sexual o el derecho a la libertad de disposición carnal, el bien jurídico tutelado por la ley, en este caso expresa que tal derecho tiene su origen en la necesidad de garantizar la elección sexual por las exigencias de la vida de relación y define la tesis de que el pudor tiene una función biológica de defensa de la elección sexual.

Para otros autores, como Stooes, Birk, Meyer y Listz, citados por Arilla Bas, Cuello Calón y Soler, el bien jurídico tutelado en el delito de violación, no puede ser otro que la libertad sexual; y de idéntica opinión es Fontán Balestra cuando dice: "El bien Jurídico lesionado por la violación, es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual y tal como afirma exactamente Salvagno Campos, prescindir de ella si así le place.

De igual forma, el tratadista González de la Vega, también acepta este último criterio al sostener: "El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio

de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral, metus). Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.

De lo anterior, vemos que tuvo razón González Roura, cuando sostiene que "la intención del sujeto activo, se encamina a la obtención de la cópula, pero el bien jurídico que se lesiona con la violación sea la libertad sexual, supuesto que los medios violentos que se emplean para la obtención de la cópula, son precisamente los que impiden a la víctima la libre determinación de su conducta." (39)

Con las reformas al Código Penal hechas por decreto del 22 de diciembre de 1990, la nominación del título Décimo Quinto cambia de Delitos Sexuales por el de Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, de tal forma que el Bien Jurídico Tutelado por el delito de violación en lo tocante a los mayores de doce años, lo sigue siendo la libertad sexual, por

(39).- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO.- Delitos Sexuales.- 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1969.- Págs. 140 a 145.

estar en posibilidades de producirse en su sexualidad; en tanto que en los menores de doce años y los incapacitados mentales lo que se protege es su Normal Desarrollo Psicosexual.

b). Elemento Subjetivo.

El elemento subjetivo lo constituye el Dolo; en el presente caso, el dolo resulta ser el propósito de copular, de obtener una satisfacción sexual, pero desviada, puesto que no es una cópula normal o voluntaria, sino que es una cópula impuesta al sujeto pasivo, en la que se tiene que hacer uso de la fuerza física o moral para obtenerla.

El párrafo primero del Artículo 9º del Código Penal señala, como dolo el conocimiento de los elementos del tipo, de ahí que el sujeto activo conociendo que no cuenta con la voluntad del sujeto pasivo o que éste, por su edad o incapacidad mental no se encuentra capacitado para otorgarlo, impone la cópula.

Por tanto el dolo en el delito de violación lo es el ánimo de copular violentamente.

3.- Violación Impropia o Violación por Equiparación.

La violación impropia o por equiparación, es un tipo

especial, toda vez que prescinde de los elementos del tipo de la violación genérica, que son la violencia física o moral, ello en virtud de que en este tipo de violación la cópula se realiza con persona menor, enferma mental o que por cualquier circunstancia no pueda resistirse al hecho.

El Código Penal para el Estado de Guerrero en su artículo 140 establece:

"La misma pena del artículo anterior se impondrá al que realice cópula con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender o posibilidad para resistir la conducta delictuosa."

El Código Penal del Estado de Veracruz, también establece este tipo especial, sólo que considera como edad del sujeto pasivo los catorce años, así el artículo 153 nos dice:

"Al que tenga cópula con persona menor de catorce años de edad o que no tenga capacidad de comprender o que por cualquier causa no pueda resistir. . ."

Por su parte el Código Penal del Estado de Jalisco, continúa utilizando los antiguos términos de pubertad o impubertad, para posteriormente en forma totalmente

contradictoria, calificar la pena cuando se trate de menor de diez años de edad.

Como lo podemos apreciar en su artículo 176 que a la letra dice: "Se considera como violación todo caso en que la cópula se realice con persona menor impúber o privada de la razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiese resistir."

"Si la persona ofendida fuere menor de diez años, la sanción será de seis a quince años de prisión."

Similar postura contradictoria, sigue el Ordenamiento Punitivo del Estado de Guanajuato al prever en su artículo 250 que: "Las mismas sanciones según que el ofendido sea púber o impúber, se impondrán al que tenga cópula con persona que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa."

"Se presume que se está en los supuestos establecidos por el párrafo anterior si la persona ofendida fuere menor de doce años."

Finalmente con mejor técnica, el Código Penal para el

Distrito Federal, en su numeral 266 señala:

"Se equipara a la violación y se sanciona con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad.

II.- Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentarán en una mitad."

La gran mayoría de las legislaciones, bajo el común nombre de violación presunta, consistente, en general en la acción de ayuntarse con personas incapacitadas para resistir psíquica o corporalmente al acto debido a enfermedades de la mente o del cuerpo, a la corta edad o a análogas condiciones de indefensión. Creemos, sin embargo, que como estas hipótesis no implican para su existencia delictuosa el uso de la violencia - que es la que da su nombre al verdadero delito de violación -, no pueden con propiedad ser clasificadas como especie de esta infracción.

Un acto carnal sin violencia - dice Groizard -

"parécenos que puede ser justo que sea castigado del mismo modo que un acto con violencia; pero lo que no encontramos en su lugar es que violación se llame y como violación se castigue. Además, como los bienes jurídicos comprendidos o dañados por esas acciones delictuosas no violentas son a veces distintos a la mera libertad sexual, más bien constituyen modalidades de un delito especial, autónomo en su descripción legislativa, provisto de sus

propios elementos constitutivos y distintos a la violación propiamente dicha a la que puede equipararse para los efectos exclusivos de la aplicación de las penas. Su nombre adecuado, más que el de violación presunta - puesto que no se debe presumir lo que no existe - debe ser: Violación Impropia o delito que se equipara a la violación." (40)

En cuanto al sujeto pasivo, en este tipo de violación equiparada tenemos tres hipótesis, persona menor de doce años, persona que no puede comprender el hecho y persona que por cualquier causa no pueda resistirlo.

"a) En persona menor de doce años. Dentro de este caso quedan comprendidas la cópula, normales o anormales, efectuadas con persona de corta edad, aunque presten consentimiento al acto. Estos ayuntamientos en que los niños prestan su aparente voluntad no constituyen delitos de estupro, sino el delito más grave que se equipara a la violación que estamos comentando. En efecto, siendo la impubertad aquella temprana edad en que el sujeto aún no es apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores, este estado impide al menor resistir psíquica y corporalmente pretensiones lúbricas cuyo significado, verdadero alcance y posibles consecuencias ignora racionalmente. El caso más frecuente es en personas del sexo femenino, de muy tierna edad. Antes de la reforma, en las primeras ediciones de este libro afirmamos que sería preferible (como ahora lo hace el precepto reformado) que el Código Penal determinase sancionable con las penas de la violación, todo ayuntamiento sexual con niños impúberes, o si se prefería señalar edad, con menores de doce años, ya que esta edad constituye en México, el término medio de aparición de los fenómenos de la adolescencia, especialmente la femenina, con independancia de que dichos menores proporcionen o no su consentimiento al acto. De esta manera queda expresamente consagrado el principio legal de la intangibilidad sexual de los niños: puero debetur maxima reverentia." (41)

(40).- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Ob. Cit. Págs. 402 y 403.
(41).- Idem.- Págs. 404 y 405.

En efecto, no se requiere de la utilización de violencia para copular con menor de edad pues dada su inocencia e incapacidad de producirse con voluntad en su sexualidad, resultan presa fácil para depravados sexuales; no obstante, si en si en estos pequeños se utiliza además violencia física o moral, el mínimo y máximo de la pena se verá aumentada en una mitad.

Lo más abominable del caso, es que estadísticamente, este tipo de violaciones las llevan a cabo los familiares más directos del menor, como lo son los padres, hermanos, tíos, primos e incluso abuelos; personas en las que las madres de estos pequeños depositan su confianza dejándolos a su cuidado.

"b) En personas que por cualquier causa no estén en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales, o de resistir la conducta delictuosa. Dentro de estas amplias fórmulas, entre otros casos, se comprenden las cópulas con personas privadas de razón, como con frase poco técnica decía la redacción original del precepto antes de su reforma, entendiéndose en sentido vulgar por tal, que el sujeto pasivo padezca enajenación mental sea en forma patológica de insuficiencia de sus facultades volitivas o de alteración morbosa de las mismas, o de estado psiquiátrico de inconsciencia. La demencia en sus variadas formas debe ser: de las que impiden darse cuenta o conocer el acto mismo que se realiza en el cuerpo del sujeto, como en ciertas formas de absoluto cretinismo; o de las que las menos, vedan al paciente proporcionar consentimiento esclarecido y consciente para la prestación sexual; o de las que manifiestan como síntoma imposibilidad de movimientos de oposición como en ciertos estados mentales de grave catatonía."(42)

(42).- Idem.- Págs. 404 a 407.

Desde el punto de vista de la integración del delito, no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para el concúbite, porque, aún en el caso de consentimiento, éste se estima como no apto jurídicamente y, también porque además de la seguridad de los incapacitados, la desiderata perseguida por el legislador es eugenésica: impedir por interés social la posible descendencia degenerativa de los anormales.

Los estados enajenativos de la mente pueden ser absolutos y permanentes, simplemente transitorios o de los que presentan dentro del curso de la enfermedad lúcidos intervalos. La doctrina no acepta la existencia del delito equiparado a la violación cuando la cópula se efectúa en el enfermo durante el estado lúcido pues no puede decirse que en ese momento esté privado el enfermo de razón.

También queda comprendida en esta modalidad del delito la cópula con persona privada de sentido, entendiéndose por tal: el estado transitorio de inconsciencia en que el sujeto pierde más o menos momentáneamente su aptitud cognoscitiva, la violación y la ideación, sea por causas traumáticas, psíquicas, tóxicas o patológicas. El responsable del delito en presencia del estado de plena indefensión psíquica y corporal de la víctima, lo aprovecha para el fornicio en ausencia no sólo del consentimiento de ésta sino de su conocimiento. Nótese que no se utiliza para delinquir, ni se necesita utilizarse fuerza o intimidación,

seducción o engaño.

El delito puede realizarse, según ya hacía notar Pacheco, privando del sentido a la víctima para que no oponga resistencia, o bien aprovechando ese estado en que se encuentra y abusando en él su persona. Para Groizard, en el primer caso - privación de los sentidos producida por el culpable con el fin de realizar el delito -, la violación reviste la gravedad del peor de los dolos, y en el segundo - cuando es producida por causas externas - la naturaleza del delito subsiste, pero la reversidad subjetiva disminuye.

Como casos de privación del sentido se pueden mencionar: los síncope, desfallecimientos o desmayos producidos traumáticamente, por causas patológicas o por extrema debilidad; el letargo o sueño patológico profundo; el sueño por narcóticos y el hipnótico; la ebriedad completa o absoluta; el estado de agonía sin lúcidas, etc.

Respecto de los síncope característicos de ciertas enfermedades (epilepsia, histeria, etc.), es aplicable la nota de Cuello Calón de que en estos casos los médicos legistas aconsejan proceder con gran cautela por la frecuencia de falsas acusaciones provenientes de histéricas o de mujeres que pretenden ocultar una falta. La posibilidad de que el delito se realice aprovechando el

sueño natural de una mujer, generalmente se estima increíble; Tardieu así lo considera tratándose de vírgenes o de mujeres sin mayor experiencia, pero lo acepta en mujeres habituadas al comercio carnal. En cuanto al ayuntamiento durante la sujeción hipnótica que tantas dudas ha provocado, Strassmann aconseja que en las pericias que pudieran requerirse con motivo de esta índole se proceda con gran cautela, porque, generalmente, las personas predispuestas a la hipnosis son histéricas, y entre los fenómenos propios del histerismo se cuenta una tendencia morbosa a mentir y a inventar, en parte inconscientemente y en parte conscientemente. La posibilidad de la conjunción carnal con persona ebria sin que ésta lo advierta, dice Gómez, y sin que, por tanto, oponga la debida resistencia, es innegable. Naturalmente la ebriedad de que se encuentre atacado el sujeto pasivo no ha de ser aquella que se traduce en un simple debilitamiento de los poderes inhibitorios. Sólo puede decirse de un ebrio que está privado de sentido cuando llega a la inconsciencia completa.

Así mismo, dentro de esta modalidad del delito equiparado a la violación, pueden mencionarse las enfermedades que impiden la resistencia al ayuntamiento no aceptado voluntariamente, en que caben aquellos estados patológicos profundamente debilitantes o imposibilitadores de movimientos y reacciones defensistas, como los casos de parálisis generalizadas más o menos completas, atonías muy extensas, estados de extrema debilidad, anemias

exhaustivas, estados agónicos lúcidos, estados caqueticos sin pérdida de los sentidos, etc.

En estos casos el enfermo se da cuenta del acto lúbrico que en su cuerpo y contra su voluntad se realiza; discierne, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado; su victimario niquiera necesita emplear coacción física o moral.

Los afrodisíacos son sustancias de toxicidad más o menos acentuada que contribuyen a despertar o excitar la apetencia erótica. Para la posible existencia del delito que se equipara a la violación sería necesario que el actor los hiciera ingerir a su presunta víctima sin que ésta se diera cuenta de la maniobra o de su toxicidad erótica o de la pretensión lúbrica del sujeto, sería menester además, que su efecto fuera tan intenso que el paciente se viera obligado, por verdadero furor lúbrico, a la entrega carnal, supuesto bien increíble.

En la violación impropia o por equiparación, no podemos decir que el bien jurídico tutelado lo constituya la Libertad Sexual, al igual que en la violación genérica; en virtud de que en este tipo de violación el sujeto pasivo se encuentra incapacitado para hacer uso de esa libertad; de ahí que el bien jurídico tutelado lo sea en los menores de doce años, su normal desarrollo psicosexual amén de su seguridad sexual, siendo éste

Último el objeto jurídico de los incapaces. Así lo ha confirmado nuestro máximo Tribunal:

"Independientemente de la edad de la ofendida, el delito que la doctrina y la ley equiparan a la violación lo configura la sólo cópula carnal con persona cuyo defectuoso estado somático funcional, anormalidad mental o cualquier otra causa de carácter patológico, congénito o de cualquier otro origen, le impidan resistir los atentados contra su libertad y seguridad sexuales, pues esas circunstancias implican: ausencia de fuerza y condiciones físicas para no dejarse fornicar, no tener suficiente razón para comprender o discernir la conveniencia o inconveniencia del yacimiento sexual o carencia de volición consciente para copular." Suprema Corte, Jurisprudencia Definida, 6ª Época, Segunda Parte, Número 298.

"Deben reputarse como delictuosos los actos que realiza el sujeto activo del delito de violación, si los comete en una persona privada de su voluntad por causa de enfermedad o por cualquier otra, ya que no tiene conscientemente la facultad de querer, es decir, que su consentimiento está viciado por la impotencia de desear o ejecutar, libre y con perfecto conocimiento; por lo que la actitud del infractor debe equipararse justamente a la violencia física o moral que despliega en toda persona consciente y libre de sus actos, para hacerla que sufra las consecuencias de actos ajenos a su voluntad. De lo anterior se desprende que si en un proceso queda comprobado fehacientemente que la ofendida sufre anormalidades en sus facultades cognitivas y volitivas, conforme al certificado médico respectivo, el cuerpo del delito de violación debe tenerse por plenamente comprobado con la confesión del

reo respecto de la comisión del acto." Suprema Corte, Tomo LXVIII, Pág. 185.

"Es de observar, que las cópulas realizadas por el acusado fueron en una hija menor que tenía cuando se llevaron a cabo los hechos, siete años de edad, lo cual nos lleva a las conclusiones que se trata en el caso a estudio de una violación impropia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 266 del Código Penal, puesto que la menor contaba con menos de doce años; pero aún en el supuesto de que esta hipótesis no estuviera prevista en forma autónoma en dicho artículo, de todas maneras, sería violación impropia porque quedaría incluida en el caso previsto en el propio artículo 266 antes mencionado, ya que al realizar las cópulas la menor no pudo producirse por su edad voluntariamente. Además hay otro argumento que se obtiene de la propia ley, y es, que de acuerdo con el artículo 266 bis, la relación de parentesco cuando hay violación tiene eficacia para aumentar la pena, lo que indica claramente que no origina en esos casos aún cuando haya parentesco, el delito de incesto previsto por la ley."

Toca 135/70.- Séptima Sala H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y Territorios Federales. (Confirmada Resolución)

4.- Violación Ficta o Instrumental.

Por el artículo primero del Decreto del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa, publicado en el "Diario Oficial" del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, se

crea la llamada Violación Ficta o Instrumental, prevista actualmente en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal.

La conducta típica a que hace alusión en este párrafo, se advierte que está inserta en el artículo 265 del Código Penal que contempla el delito de violación. Anteriormente a la reforma de mil novecientos noventa y uno se encontraba prevista en el entonces párrafo segundo del artículo 265, el concepto de cópula, ahora la figura delictiva en comento, se encuentra contemplada en el párrafo tercero del referido artículo.

Sin embargo, en puridad esta figura delictiva no reúne las características ni de una violación propia, ni de una violación impropia ya que esencialmente, aun cuando la Violación Propia o Impropia tiene notas distintivas, en ambos el elemento material del tipo es la cópula entendiéndose como cópula "la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, concepto que, como ya se expuso, fue incluido al texto legal con la reforma de mil novecientos noventa y uno. En cambio la conducta descrita en el párrafo tercero del artículo 265 del Código Penal no requiere para su integración, del acceso carnal o cópula y sí exige en cambio la introducción por vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril.

En relación a la anterior consideración, el señor Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, señaló: "podríamos sostener que el legislador se propuso perseguir este tipo de actos de verdadera perversión sexual que inclusive pueden resultar más traumatizantes especialmente cuando las víctimas carezcan de experiencia sexual o se encuentren en minoría de edad." (43)

La Violación Ficta o Instrumental, como ya se dijo, se encuentra prevista en el artículo 265 párrafo tercero, de nuestra Ley Punitiva y a la letra dice:

"Se sancionará con prisión de tres a ocho años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido."

Si bien es cierto que los sujetos no son propiamente elementos del delito, resulta de suma importancia su estudio en el presente tipo.

Hemos afirmado que el sujeto activo de la Violación Genérica y la Equiparada o Impropia exclusivamente lo puede ser el hombre, ya que estas violaciones requieren de la cópula y sólo

(43).- RAMOS VALLADOLID, EULALIO.- Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.- Compendio de aportaciones jurídicas.- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.- México, 1991.- Pág. 248.

el ser del sexo masculino se encuentra provisto de miembro viril o pene.

No obstante lo anterior, en la Violación Ficta o Instrumental el sujeto activo del delito puede ser indistinto (hombre o mujer), ya que la conducta no la constituye la cópula, sino la introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril; previniendo de esta forma el legislador, una ficción.

El sujeto pasivo de la Violación Ficta o Instrumental, al igual que en la Genérica e Impropia, también es indistinto; es decir, puede ser del sexo femenino o masculino; toda vez que la introducción del elemento o instrumento distinto al miembro viril, podrá ser por vía anal o vaginal.

La introducción de un elemento o instrumento distinto al miembro viril, por vía anal o vaginal, constituye propiamente la conducta del delito de Violación Ficta.

Al igual que en el concepto de cópula, el tipo a estudio hace mención a la introducción, es decir acción de meter; por tanto nos encontramos ante un delito de acción pues sólo puede cometerse mediante un hacer.

Es un delito instantáneo y unisubsistente; instantáneo

ya que el tipo se agota en el momento en que se introduce el instrumento o elemento por vía anal o vaginal; y es unisubsistente porque basta con un sólo acto.

Resulta imperativo señalar que no se requiere la introducción total del elemento o instrumento, basta con una introducción parcial.

"Es pertinente hacer saber para los efectos de una correcta interpretación que por elemento debe de entenderse lo que forma parte de una cosa; y por instrumento los objetos materiales que suelen utilizarse para la consumación de estos actos." (44)

Dentro de los elementos o instrumentos podemos incluir los dedos de una mano, la lengua y todo aquello que por sus dimensiones sea susceptible de penetrar por la vagina o el ano.

Al igual que las otras dos violaciones, la ficta o instrumental es un delito eminentemente doloso, el sujeto activo debe tener el ánimo lascivo y el conocimiento de que está introduciendo un instrumento o elemento distinto al miembro viril.

(44).- *Idem.*- Pág. 249.

De acuerdo a lo anterior pueden presentarse causas de exclusión del delito principalmente cuando la conducta se lleva sin el afán de satisfacer el libido personal; así tenemos el caso fortuito en el que no existe ni dolo, ni culpa o bien la no exigibilidad de otra conducta, como por ejemplo un lavado vaginal o rectal indispensable para salvar a una persona, aún cuando para realizársela tengan que hacer uso de la violencia pues para nadie es grato este tipo de curaciones y generalmente hay oposición.

Aquí es donde encontramos la diferencia entre el Abuso Sexual y la Violación Ficta, ya que en el abuso sexual los tocamientos corporales que realice el sujeto activo en el sujeto pasivo deben ser exteriores, es decir sin penetración ya que si la hay estaremos ante una auténtica violación ficta o instrumental.

Los medios comisivos para la violación ficta o instrumental lo son la Vis Absoluta o violencia física o la Vis compulsiva, es decir, la violencia moral.

Como ya lo explicamos la violencia física es la fuerza que se ejerce en la víctima para lograr vencer su resistencia, y que pueden ser empujones, golpes, lesiones, sujetamientos, etc,

el único requisito que se impone, es el hecho de que la fuerza sea física y suficiente para lograr el objetivo y que así sea resentida por el sujeto pasivo.

La violencia moral la constituye las amenazas o amagos, estos deben ser actuales, graves y suficientes para lograr amedrentar a la víctima y ésta no tenga más remedio que soportar el hecho.

La violencia moral no solamente puede ser ejercida en la víctima, pues ella también puede inferirse en alguna persona que la acompañe.

5.- Violaciones Calificadas.

Los tipos subordinados circunstanciados calificados del delito de Violación, se encuentran previstos por el artículo 266 bis, y es cuando el delito se comete:

a) Con la intervención directa o inmediata de dos o más personas, conocida como violación tumultuaria.

b) Cuando es cometida por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro.

c) Cuando es cometida por quien desempeña un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen.

d) Cuando lo cometa la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

Como podemos apreciar, las calificativas mencionadas, se deben a circunstancias especiales del sujeto activo del delito, tales como número, parentesco, cuidado y confianza.

CAPITULO QUINTO

EL TIPO DE ROBO

1.- El tipo de robo. 2.- Elementos del tipo. a) Elementos Objetivos. b) Elementos Subjetivos. c) Elementos Normativos. 3.- Tipos Circunstancialmente Complementados, Subordinados Calificados 4.- Tipos Especiales.

Otro de los tipos que forman tipo complejo con el homicidio, lo es el Robo, delito que resulta ser uno de los más comunes en nuestra realidad social; en el presente capítulo, estudiaremos sus elementos, los tipos circunstancialmente calificados y los tipos especiales que existen en nuestra legislación penal.

1.- El Tipo de Robo.

El robo se encuentra previsto en el artículo 367 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

" Comete el delito de Robo: El que se apodera de una

cosa ajena mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

"Compleja es, indiscutiblemente, la estructura típica de robo contenida en el artículo 367. "Comete el delito de Robo - afirma el indicado artículo -: "El que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley". En este cuadro típico se contienen elementos de muy diversa naturaleza, pues además de aquéllos que son descriptivos del comportamiento fáctico -" Apoderamiento de una cosa... mueble "-, se comprenden también otros de naturaleza super abundantemente normativa - v.g., "Sin derecho y sin consentimiento de la persona que podía disponer de ella (de la cosa) con arreglo a la ley"-, e incluso en alguno de aquéllos caracterizados como de fáctica descripción - apoderamiento - hállase insita inequívocas videncias del elemento subjetivo o finalístico que se enseña de toda la conducta". (45)

2.- Elementos del Tipo.

Los elementos del tipo de Robo los clasificamos en Elementos Objetivos en donde ubicamos el apoderamiento como conducta; cosa mueble como el objeto material sobre el cual recae la conducta; resultado y nexos causal entre la conducta y el resultado genérico que lo constituye el dolo y el subjetivo específico que se integra por los ánimos de dominio o apropiación y los elementos normativos que lo son ajena, sin derecho y sin

(45).- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- Ob. Cit. Tomo IV.- Págs. 23 y 24.

consentimiento.

A) Elementos Objetivos.

APODERAMIENTO.- El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, que permite diferenciarlo de los otros delitos patrimoniales de enriquecimiento indebido. En efecto, en el abuso de confianza, al cometerse la infracción, no existe un apoderamiento de la cosa, puesto que el autor la ha recibido previamente y en forma lícita a título de tenencia; la infracción abusiva radica, no en el acto material del apoderamiento, puesto que ya se tiene la posesión, sino en la disposición indebida, es decir en el cambio ilícito del destino de la cosa en provecho del autor o de terceras personas. En el fraude tampoco el apoderamiento es el elemento constitucional, porque la infracción se efectúa por la entrega voluntaria que el defraudado hace de la cosa al defraudador, como resultado de engaños, maquinaciones o artificios o del simple aprovechamiento del error. No es menester establecer diferencia con la quiebra culpable fraudulenta, porque éstas en el fondo no son sino defraudaciones obtenidas por las ocultaciones, maniobras, arbitrios, o malos manejos causantes de la suspensión de pagos. Como excepción, exista la de aquel delito de despojo de inmueble o de aguas en que el agente del delito consuma su propósito en la forma de ocupación violenta o subrepticia del bien, en cuyo caso existe un verdadero apoderamiento, por eso los

despojos en que la ocupación no se obtiene por el engaño se llaman en la doctrina robo de inmuebles.

En nuestro Derecho el apoderamiento es la acción consumativa del delito de robo. Para la aplicación de la sanción se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada, aun cuando la abandone o la desapoderen de ella (art. 369 del Código Penal).

Al redactarse el anterior precepto del Código vigente se mejoró el viejo artículo 370 del Código de 1871, que daba por consumado el robo en el momento en que el ladrón "tiene en sus manos la cosa robada" Como esta última disposición limitaba literalmente el robo a aquella forma de apoderamiento directo y físico en que el ladrón hacía las cosas con sus propios órganos corporales de aprehensión, el Código vigente, con mejor técnica sustituyó por la de "tiene en su poder la cosa robada", que permite incluir los apoderamientos desviados o indirectos.

La redacción del artículo 369, transcrito, revela sin lugar a dudas que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consume el delito, por supuesto, siempre que estén reunidos los demás elementos de la infracción. Este sistema mexicano es diferente, según expresamos en párrafos precedentes, al del Código Francés, en el que el elemento sustracción fraudulenta, según la doctrina y la jurisprudencia,

se descompone en dos movimientos sucesivos: la aprehensión o apoderamiento de la cosa y el enlèvement, o sea el desplazamiento o movilización de la cosa que trae como consecuencia hacerla salir materialmente de la esfera de acción del legítimo tenedor, para hacerla ingresar dentro de la esfera de acción del autor. Usando el lenguaje jurídico francés, por desplazamiento no debe entenderse cualquier movimiento físico sobre la cosa ligado directamente a su aprehensión, sino aquel movimiento mecánico que retira la cosa del alcance material en que la tiene su dueño o poseedor legítimo, para llevarla al pleno dominio ilícito del ladrón.

Según Garraud, la sustracción fraudulenta es la maniobra por la cual un individuo quita o se lleva un objeto cualquiera contra la voluntad de su legítimo propietario; la sustracción es, pues, a la vez, una aprehensión y un desplazamiento. En otras palabras, "la aprehensión no es una manifestación completa de la voluntad del ladrón sino hasta que por el desplazamiento se consuma el acto material incriminado. La solución francesa tiene el grave inconveniente de sembrar dudas en gran número de cosas sobre el momento preciso en que se consuman determinados robos; los límites entre la tentativa y el delito completo son imprecisos por la ambigüedad del criterio de enlèvement. Nuestra legislación, desde 1871, tuvo gran fortuna al precisar un acto único el momento consumativo del robo, el apoderamiento ilícito y no consentido, estableciéndose así delimitación clara entre la

forma incompleta y la completa de la infracción, por eso, de acuerdo con la parte final del precepto que comentamos, el abandono o el desapoderamiento, inmediato de la cosa no destruye la consumación del delito.

Si apoderarse es desposesionar a otro de la cosa, tomarla para sí, privarle de ella, claro está que la mecánica de la acción implica cierta movilización, por mínima que sea, del objeto; no basta que se toque con las manos la cosa, ya que la aprehensión indica la necesidad de tomarla; pero este movimiento de posesión en nuestro derecho no requiere llegar a una total sustracción o alejamiento del bien.

Al respecto el tratadista González de la Vega refirió: "Se dará por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aún en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto, la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar de donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea al mismo tiempo desapoderado del objeto antes de todo posible desplazamiento. Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que importa principalmente, más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en la acción delictiva".(46)

En nuestra opinión, no basta para tener por consumado el delito de robo, la simple aprehensión de la cosa, ya que ésta incluso se puede llevar a cabo por ganchos, cuerdas, animales, etc. y no precisamente con las manos; si en los casos anteriores

(46).- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Ob. Cit. Págs. 167 a 169.

se sorprende al ladrón y se le desapodera de la cosa o la abandona, estaríamos ante una tentativa de robo.

Para tener por consumado el robo no sólo hay que aprehender la cosa; sino además, como lo afirma el artículo 369 del Código Penal, tenerla en nuestro poder, lo que equivale a una cierta disposición que obstaculiza la del sujeto pasivo, al ya no tenerla en su esfera de dominio; pues incluso, puede darse el caso de que el sujeto activo aprehenda la cosa, la remueva, pero la deje dentro del mismo ámbito de dominio del sujeto pasivo, por ejemplo, no habrá robo (ni tentativa) si la sirvienta toma del tocador un collar y lo deja sobre la mesa del comedor; porque está bajo el dominio de su patrona; en cambio, sí habrá robo si la sirvienta toma el collar y lo guarda en su maleta que se encuentra en el cuarto de servicio, porque la maleta ya no es del dominio de su patrona, aún cuando ésta se encuentre en la misma casa.

COSA MUEBLE.- El delito de robo posee como objeto material la cosa mueble, conforme a la teoría penal, debemos entender por cosa mueble aquélla que se mueve por sí misma o por fuerza extra. A diferencia del Derecho Civil, en el que los objetos empotrados en los inmuebles, el ganado y el pie de cría, son inmuebles; para el derecho penal son muebles, pues basta que estos puedan removerse del lugar en donde se encuentran y lograr

un dominio sobre ellos.

Pongamos por ejemplo, un mural para el derecho civil es un inmueble, pero si alguien se dedica a desprender, con mucho cuidado, ladrillo tras ladrillo en donde se encuentra plasmado dicho mural y luego procede a armarlo en su casa; el simple hecho de haberlo movido de su lugar, le ha dado la característica de bien mueble.

Se ha dado el caso en México de que inmuebles coloniales han sido desarmados y armados piedra por piedra, y en ese inter indiscutiblemente se convierte en muebles.

En conclusión, cosa mueble será cualquier objeto material susceptible de mover de su lugar, por sí mismo o por alguna fuerza extraña.

RESULTADO.- Antes de examinar los diversos requisitos que yacen en la estructura de este tipo penal, es necesario precisar claramente, por la determinación y fijación de sus perfiles y contornos, el quid patrimonial que se tutela en el delito de robo, de otra manera dicho, el activo patrimonial protegido penalísticamente en esta especie típica y el aspecto del mismo sobre el que se proyecta la tutela penal. De la simple lectura del artículo 367 se pone en relieve, que la tutela penal

en el delito de robo se proyecta rectilíneamente sobre aquellas cosas de naturaleza mueble que integran el acervo patrimonial en tanto en cuanto dichas cosas muebles están en poder del titular de dicho patrimonio. Es, Pues, el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesión de las mismas, el interés patrimonial que se protege en este delito, habida cuenta de que la conducta típica que le integra consiste en el apoderamiento de la cosa mueble, lo cual presupone conceptualmente desapoderar, de ella a quien la tiene en su poder. Tener la cosa mueble en nuestro poder, tanto significa civilísticamente como poseerla. El artículo 790 del Código Civil elocuentemente proclama que "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho...". En el delito de robo el alcance de la tutela penal abarca ampliamente toda posesión, esto es, todo poder de hecho que el sujeto pasivo tenga sobre cualquier cosa mueble que le interesa conservar. No es necesario, empero, que este poder de hecho sea permanente e interrumpido. Certestamente afirma Angyal

"que sin correr el riesgo de trastornar el orden económico de la vida cotidiana, no se puede negar que estamos en posesión de los muebles y de los trajes que tenemos en nuestro departamento, incluso cuando estamos ausentes o viajamos por el extranjero; el agricultor está en posesión del arado dejado durante la noche en la cementera, el viajero en el de su equipaje que deja en el vagón mientras almuerza en el restaurante; el nadador en la de sus vestidos dejados en la orilla mientras está en el agua. Dicho poder de hecho tanto puede ser emanación del pleno derecho real de dominio - *ivspossidendi* - como simple encarnación de la protección previsoría constitutiva del derecho real de posesión - *ivspossessionis* -." (47)

(47).- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- *Ob. Cit.* Tomo IV.- Págs. 24 y 25.

En conclusión, el bien jurídico tutelado en el delito de robo lo es el patrimonio y el resultado, en consecuencia, es el detrimento patrimonial. Este detrimento patrimonial necesariamente debe ser causado; pues, por ejemplo, si ya no quiero un sillón en mi casa y lo pongo en la calle para que se lo lleve una persona pobre, pero llega un potentado y es éste quien se lo lleva por considerarlo una antigüedad, no habrá robo, pues el sillón al momento de sacarlo de mi patrimonio voluntariamente, aun cuando mi intención fuera otra, no me causa perjuicio; lo mismo ocurrirá con los bienes mostrencos, pues el apoderamiento de ellos, no causa perjuicio.

NEXO CAUSAL.- Deberá existir la relación causal entre la conducta -apoderamiento y el resultado- detrimento patrimonial, toda vez que si la conducta no produce el resultado, tendremos que eliminar el robo.

También ese objeto que se pretende aprehender debe ser susceptible de apropiación; es decir el hecho de apoderarse y explotar las ideas, inventos, obras literarias, etc. no constituye delito de robo, sino fraude.

b) ELEMENTOS SUBJETIVOS.

DOLO.- El robo es un delito eminentemente doloso, pues en él debe existir el ánimo del apoderamiento de una cosa mueble que le es ajena; y hablamos de un dolo directo, ya que en él se encuentra la intención plena y directa de aprehender y hacer entrar en su esfera de dominio aquella cosa que no le pertenece.

SUBJETIVOS ESPECÍFICOS.- Lo forman los ánimos de dominio y apropiación, es decir el sujeto activo del delito se apodera de la cosa mueble con el afán de apropiársela, de obtener sobre ella el dominio de forma tal que pueda actuar sobre ella como si fuera el propio dueño.

c) ELEMENTOS NORMATIVOS.

SIN DERECHO.- El propio tipo exige que el apoderamiento sea sin derecho. Este elemento es innecesario, por que la ilegitimidad es elemento general de todo delito. Por ello, Monzini estimó que el requisito de la ilegitimidad no es requerido expresamente por el artículo 624, porque es propio de todo delito. En igual sentido se pronuncia Eusebio Gómez expresando: "Del requisito de ilegitimidad del apoderamiento a que el legislador argentino creyó necesario referirse al definir el hurto, la mención es redundante, porque el hecho de apoderarse legítimamente de una cosa, no puede ser constitutivo de delito alguno, pues la ilegitimidad es de la esencia de todos los

hechos previstos por la ley penal. Lo anterior llévanos a formular la siguiente pregunta: ¿Existen elementos normativos en el tipo? A nuestro juicio, indudablemente la norma del artículo 367 contiene un elemento normativo y éste no es otro que el expresado en la descripción legal con las palabras "sin derecho", afirmándose tal carácter por cuanto el juzgador tiene que valorizar su alcance haciendo uso necesariamente de los conceptos extraídos de la ley y únicamente de ella por tener en este caso un contenido jurídico. Es así como se verifica un juicio normativo de la conducta mediante la valorización de la ilicitud de la misma." (48)

SIN CONSENTIMIENTO.- Por último, el tipo expresa que el apoderamiento debe ser sin consentimiento de la persona a quien la ley otorga el derecho de disponibilidad de la cosa. Este elemento, al igual que el anterior, resulta innecesario y no todas las legislaciones aluden a él en su texto.

Lo anterior, lo hace notar Eusebio Gómez cuando afirma "que la ley no hace mención de este requisito por ser evidente que, cuando el dueño de una cosa mueble presta su consentimiento para que otro se apodere de ella, no puede existir hurto, toda vez que ese consentimiento implica, por parte de quien lo presta, la disposición de un derecho alienable" (49).

En efecto el artículo 163 del Código Penal del Estado de Guerrero elimina la palabra "sin derecho" aunque conserva la de "sin consentimiento" al preceptuar: "Al que se apodere de una

 (48).- Pavón Vasconcelos, Francisco.- "Comentarios de Derecho Penal".
 Editorial Porrúa, S.A.- Tercera Edición, México, D.F. 1973.- Pág. 40.
 (49).- Idem.- Págs. 40 y 41.

En efecto el artículo 163 del Código Penal del Estado de Guerrero elimina la palabra "sin derecho" aunque conserva la de "sin consentimiento" al preceptuar: "Al que se apodere de una cosa mueble ajena, con ánimo de dominio, sin consentimiento de quien pueda otorgarlo conforme a la ley..." La misma tendencia adopta la legislación punitiva del Estado de Guanajuato al señalar en su artículo 265: "Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente puede disponer de ella".

Por su parte el Estado de Jalisco en su artículo 233 contiene el mismo texto del de la Capital, es decir: "Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley".

Sumamente raro resulta el texto del artículo 173 del Código Punitivo de Veracruz, pues mezcla el robo de uso con el robo simple al enunciar: "Al que se apodere de una cosa total o parcialmente ajena mueble, sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley, con ánimo de dominio, lucro o uso..."

3.- Tipos Circunstancialmente, Complementados, Subordinados Calificados.

Las calificativas o agravantes del delito de robo se derivan de las circunstancias de modo, personas y lugar, así tenemos:

"Artículo 373.- La violencia a las personas se distingue en física y moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarlo."

"Artículo 381.- Además de la pena que le corresponde conforme a los Artículo 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes:

I.- Cuando se cometa el delito en un lugar cerrado;

II.- Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, en cualquier parte que lo cometa.

Por doméstico se entiende: el individuo que por un salario, por la sola comida u otro estipendio o servicio, gajes o emolumentos, sirve a otro, aun cuando no viva en la casa de éste;

III.- Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los criados que lo acompañen, los cometa en la casa donde reciben hospitalidad, obsequio o agasajo;

IV.- Cuando lo cometa el dueño o alguno de su familia en la casa del primero, contra sus dependientes o domésticos o

contra cualquiera otra persona;

V.- Cuando lo cometan los dueños, dependientes, encargados o criados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, y en los bienes de los huéspedes o clientes;

VI.- Cuando se cometa por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina, bodega u otros lugares a que tenga libre entrada por el carácter indicado.

VII.- Cuando se cometa estando la víctima en un vehículo particular o de transporte público;

VIII.- Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público;

IX.- Cuando se cometa por una o varias personas armadas, o que utilicen o porten otros objetos peligrosos;

X.- Cuando se cometa en contra de una oficina bancaria, recaudatoria u otra en que se conserven caudales, contra personas que las custodien o transporten aquéllos;

XI.- Cuando se trate de partes de vehículos estacionados en la vía pública o en otro lugar destinado a su guarda o reparación;

XII.- Cuando se realicen sobre embarcaciones o cosas que se encuentren en ellas;

XIII.- Cuando se comete sobre equipaje o valores de viajeros en cualquier lugar durante el transcurso del viaje;

XIV.- Cuando se trate de expedientes o documentos de protocolo, oficina o archivos públicos, de documentos que contengan obligación, liberación o transmisión de deberes que obren en expediente judicial, con afectación de alguna función pública, si el delito lo comete el servidor público de la oficina

en que se encuentre el expediente o documento, se le impondrá además, destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, de seis meses a tres años; y

XV.- Cuando el agente se valga de identificaciones falsas o supuestas órdenes de alguna autoridad."

"Artículo 381 bis.- Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los Artículo 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de tres días a 10 años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposentos o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que estén fijos en la tierra, sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos. En los mismos términos se sancionará al que se apodere de cualquier vehículo estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación; o al que se apodere en campo abierto o paraje solitario de una o más cabezas de ganado mayor o de sus crías. Cuando el apoderamiento se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370 y 371, se impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo."

4.- Tipos Especiales.

Como ya se dijo los tipos especiales, son aquéllos que no comulgan con todos y cada uno de los elementos del Robo, ya que tienen algún elemento especial o carecen de alguno del tipo genérico, así tenemos:

"Artículo 368.- Se equipararán al robo y se castigarán como tal:

I.- El apoderamiento o destrucción dolosa de una cosa propia mueble, si ésta se halla por cualquier título legítimo en poder de otra persona y no medie consentimiento;

II.- El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, ejecutado sin derecho y sin consentimiento

de la persona que legalmente pueda disponer de él; y

III.- La sustracción o aprovechamiento de hidrocarburos o sus derivados, cualquiera que sea su estado físico, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda autorizarlo, de los equipos o instalaciones de la industria petrolera a que se refiere la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo."

"Artículo 368 bis.- Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario."

"Artículo 368 ter.- Al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de aquéllos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con una pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días multa."

"Artículo 371.- . . . Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días de multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta."

"Artículo 377.- Se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:

I.- Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;

II.- Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;

III.- Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado;

IV.- Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero, y

V.- Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos.

A quien aporte recursos económicos o de cualquier índole, para la ejecución de las actividades descritas en las fracciones anteriores, se le considerará coparticipe en los términos del artículo 13 de este Código.

Si en los actos mencionados participa algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución o sanción del delito o de ejecución de penas, además de las sanciones a que se refiere este artículo, se le aumentará pena de prisión hasta en una mitad más y se le inhabilitará para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos por un período igual a la pena de prisión impuesta."

"Artículo 380.- Al que se le imputare el hecho de haber tomado una cosa ajena sin consentimiento del dueño o legítimo poseedor y acredite haberla tomado con carácter temporal y no para apropiársela o venderla, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión o de 30 a 90 días multa, siempre que justifique no haberse negado a devolverla, si se le requirió a ello. Además, pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler, arrendamiento o intereses de la cosa usada."

CAPITULO SEXTO

ALLANAMIENTO DE MORADA

1.- Tipo. 2.- Elementos del tipo:
a) Elementos Objetivos. b)
Elementos Subjetivos c) Elementos
Normativos.

Si bien es cierto el artículo 315 bis del Código Penal, en su segundo párrafo, no se refiere expresamente al Allanamiento de Morada, sino que reproduce el texto del artículo 285 del Ordenamiento Punitivo invocado; también lo es que presenta una duplicidad al establecerlo como tipo complejo. En base a lo anterior y siendo el tipo básico el previsto en el numeral 285, haremos su estudio siguiendo dicho texto.

1.- Tipo.

El artículo 285 de la Ley sustantiva de la materia señala: "... al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlos, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa

habitada."

El legislador del Estado de Guanajuato contempló en su artículo 244 el Allanamiento de Morada, dándole una nueva concepción al sancionar no sólo la introducción a la casa habitación, sino también el hecho de permanecer en ella cuando el ocupante ya no lo desee.

"... al que empleando violencia, furtivamente, con engaño o sin permiso de persona autorizada se introduzca o permanezca en un aposento, casa habitada o alguna de sus dependencias..."

Siguiendo los mismos lineamientos el legislador de Guerrero en el artículo 137 señala:

"Al que sin el consentimiento de la persona que legítimamente pueda otorgarlo o empleando engaño, se introduzca a una casa habitación o a sus dependencias o permanezca en ella..."

"Si el medio empleado fuese la violencia, la penalidad se aumentará hasta en una mitad más".

Por su parte el Código Penal de Jalisco sigue más o menos la redacción del Código Capitalino al establecer:

"Artículo 191.- Se impondrán de seis meses a dos años de prisión al que, sin motivo justificado y sin orden de autoridad

competente, se introduzca a un departamento, vivienda, aposento o casa habitada o a sus dependencias".

"Si en el allanamiento media la furtividad, el engaño o la violencia, la pena..."

El Código de Veracruz también contempla como allanamiento de morada el hecho de permanecer en la casa o dependencia, al señalar en su artículo 150:

"Al que sin motivo justificado o empleando engaño se introduzca a una morada o a sus dependencias, sin el consentimiento de la persona autorizada para darlo, se le..."

"Las mismas sanciones se aplicarán al que permanezca en una morada o sus dependencias, sin el consentimiento de la persona autorizada para darlo".

2.- Elementos del Tipo.

El tipo de allanamiento de morada posee elementos objetivos que son la introducción furtiva, con engaño o violencia a departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada; elemento subjetivo que es el dolo y varios elementos normativos que son: sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente, fuera de los casos en que la ley lo permita y sin permiso de persona autorizada para darlo.

a) Elementos Objetivos.

Introducción y Lugar.- El núcleo de la descripción típica está constituido por el hecho de que el sujeto activo "se introduzca ... en un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada. Introducirse en los lugares mencionados, tanto significa como entrar, penetrar, internarse o meterse íntegramente en los mismos. No es suficiente que el sujeto activo introduzca una parte de su cuerpo sino que se requiere, aun cuando fuese momentáneamente, la penetración total.

No constituye el delito en examen, el hecho de negarse la persona que se encuentra en el interior de una morada a salir de dicho recinto, no obstante las órdenes del morador o la prohibición por éste manifestada de que permanezca un instante más en su interior, pues dicha arbitraria permanencia queda a extramuros de la descripción típica. Cualquiera persona puede ser sujeto activo. El de allanamiento de morada no es un delito propio o especial.

La introducción del sujeto activo ha de realizarse en "un departamento, vivienda o aposento o dependencia de una casa habitada". Departamento, vivienda o aposento son locuciones diversas expresivas de un concepto genérico de morada, esto es, de lugar en el que habitan una o varias personas, bien estuviere cerrado o circunstancialmente abierto, bien fijo o móvil, con tal

de que en él se efectúen aquellos humanos e íntimos menesteres que integran la vida doméstica. La estructura, la amplitud, la forma y, en general, las características intrínsecas de lugar - dice Antolisei -, no tienen relevancia alguna. Lo que importa es que el lugar esté destinado a un uso doméstico. Puede ser tanto un palacio como una sola habitación, tanto una granja como una cueva, una barranca, una choza, un vagón, una embarcación o una tienda de campaña.

El concepto de morada no existe cuando el lugar en que se irrumpe carece en el momento de la acción de los atributos de humana intimidad consustanciales a los lugares en que discurre la vida doméstica, como, por ejemplo, acontece con los departamentos que se rentan con muebles pero que a la sazón están desalquilados. No es obstáculo en la configuración del delito en examen, el que se demuestre que una persona tenga, además de la que fue allanada, otra morada distinta, pues no se requiere la exclusividad para integrar el concepto de morada, así como tampoco la continuidad en la ocupación o la presencia de los ocupantes. Frecuente es el caso en que una persona posea, aparte de su morada en la ciudad, otra en el campo para descansar en las vacaciones o en los días festivos.

Al respecto Jiménez Huerta señala: "La descripción típica del delito de allanamiento de morada abarca también la "dependencia de una casa habitada". Sigue aquí el Código Penal un criterio contrario al establecido para el robo a casa habitada, pues en tanto que en éste quedan excluidas dichas dependencias,

en el allanamiento están incluidas en la hipótesis típica. Dentro de la frase "dependencia de una casa habitada" se comprenden los corrales, bodegas, graneros, lavaderos, patios, pajares, azoteas, garages, cocheras, cuadras y jardines continuos a la casa y destinados permanentemente a su servicio. No es necesario que dichos lugares se encuentren materialmente cerrados; basta cualquier signo externo que claramente revele la voluntad de no permitir en ellos la entrada". (50).

Medios de Comisión.- El artículo 285 específicamente detalla los medios típicos de que se ha de valer el agente para introducirse en la morada ajena: "furtivamente o con engaño o violencia, o sin consentimiento de la persona autorizada para darlo". Hubiere sido, en verdad, menos casuístico y mucho más genérico, emplear, como proponía Carrara, la expresión "arbitraria" para calificar las formas típicas de introducción, pues dentro de dicho concepto quedarían comprendidos todos los que enumera el tipo.

La expresión "furtivamente" tanto significa como a escondida, sigilosa, cautelosa o disimuladamente, esto es, en forma secreta o a hurtadillas, lo que presupone que la introducción en la morada ajena se efectúe en circunstancias que imposibiliten que el morador pueda materialmente oponerse. La introducción furtiva se efectúa, por lo general, cuando el morador se encuentra ausente y el sujeto activo se aprovecha o se

(50).- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- Ob. Cit. Tomo III.- Págs. 174 y 175.

vale de dicha circunstancia. Por lo común, se realiza mediante el empleo de ganzúas o llaves falsas o de las auténticas en poder o al alcance del agente por cualquier razón o causa o escalando o saltando paredes, muros o zanjas.

Se introduce el agente en la morada ajena "con engaño", si hace uso de un falso nombre o de una condición o cualidad que no le corresponde o se vale de cualquier estratagema o ardid, como acontece, por ejemplo, cuando al morador se le imputa falsamente la comisión de un delito y se aprovecha su provocada y momentánea detención para entrar en su morada.

La tercera forma de ejecución específicamente mencionada en el artículo 285, es la "violencia". Dada la genérica abstracción de este término, no existe duda alguna que comprende tanto la ejecutada sobre las personas como la ejercida sobre las cosas, siempre que una y otra se hubieren realizado por el sujeto activo con la finalidad específica de lograr su introducción en la morada ajena.

La violencia sobre las personas puede ser física o moral. La primera ha de traducirse en actos materiales desplegados sobre el sujeto pasivo de la conducta para reducirle a un estado de pasividad o quebrantar sus resistencias. Existe violencia física si se golpea, amordaza o encierra al morador o a cualquier otra persona que se halle en la morada. No se requiere que la

violencia sea irresistible; basta que disminuya las resistencias de las indicadas personas.

La violencia moral se exterioriza en palabras o hechos expresivos de que se causará a otro un mal si se opone a la introducción en la morada. El mal con que se amenaza debe ser idóneo para hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro y no es preciso que se demuestre objetivamente su realidad; basta que tenga la suficiente apariencia externa para intimar subjetivamente. El comportamiento intimativo no debe traducirse en vías de hecho, pues en este caso surgiría la violencia física. La dualidad de violencias efectuadas en un mismo contexto de acción, carece de relevancia para duplicar la pena imponible.

Por su parte Jiménez Huerta refiere la violencia sobre las cosas, "ello implica el despliegue de una fuerza física que destruya los obstáculos que se oponen a la introducción del sujeto activo en la ajena morada o abra una vía de acceso a su interior. Es indiferente el medio empleado, pues tanto vale la fuerza muscular como el uso de aparatos o instrumentos o la utilización de cualquier energía.

La violencia sobre las personas y la fuerza en las cosas deben ejecutarse simultáneamente al hecho de introducirse el agente en la ajena morada o en instante inmediato anterior y comprendido en el mismo contexto de conducta". (51)

b) Elemento Subjetivo.- El elemento subjetivo lo

(51).- *Idem.*- Págs. 175 a 177.

constituye el dolo, un dolo genérico que resulta ser el ánimo de irrumpir en el hogar de otra persona, violando de esta forma la seguridad que debe brindarle su morada al sujeto pasivo; se trata pues, de un dolo directo.

c) Elementos Normativos.- Las expresiones: "sin permiso de la persona autorizada para darlo"; "sin motivo justificado"; "sin orden de la autoridad competente"; y "fuera de los casos en que la ley lo permite"; constituyen en forma casuística y hasta pleonásticamente la antijuridicidad o ilegitimidad de la acción, que desde luego va implícita en todo tipo, pues élla lo que hace a una conducta delito.

Los términos anteriores, tienen como fin el destacar la ilegitimidad o ilicitud de la introducción de una persona a una morada ajena; por ello, y estando de acuerdo con el gran maestro Carrara propongo que todos ellos sean sustituidos simplemente con la palabra "arbitrariamente".

Por otra parte, también resulta pertinente agregar a este artículo otra forma de comisión, consistente en la permanencia en la casa habitación, toda vez que resulta igual de ilícito el hecho de que el morador ya no desee que alguien permanezca en su casa y éste se niegue a salir de ella.

CAPITULO SÉPTIMO

TIPOS COMPLEJOS Y CONCURSO DE DELITOS

1.- Los tipos complejos contemplados en nuestro Código Penal. 2.- Concurso de Delitos: a) Concurso Ideal. b) Concurso Real. 3.- Aplicación de Pena en los concursos de delitos: a) Concursos Ideal.b) Concurso Real. 4.- Aplicación de Pena en los Tipos Complejos 5.- Consideraciones que se emiten al respecto.

Nuestra Legislación Penal, contempla dos sistemas de acumulación de delitos para efecto de su punición; el general se encuentra representado por los llamados Concursos de Delitos (ideal y real) y el especial lo constituyen los tipos complejos. Cada uno de estos sistemas contemplan reglas especiales en la aplicación de las penas; sin embargo algunas no resultan del todo claras y otras no lo son del todo justas.

En el presente capítulo estudiaremos los Concursos de Delitos y los Tipos Complejos, así como los sistemas de acumulación de penas en cada uno de ellos, para finalmente emitir algunas consideraciones al respecto.

1.- Los Tipos Complejos contemplados por nuestro Código Penal.

Tomando en consideración el bien jurídico que tutelan los tipos; estos pueden ser tipos simples o complejos.

Tipo simple o de conducta mono-ofensiva es aquél que tutela en forma específica un sólo interés jurídico; ejemplo de ello, lo es el homicidio, en el que el único bien jurídico tutelado, lo es la vida.

Los tipos complejos o de conducta pluriofensiva tienen como característica, que tutelan en forma simultanea varios objetos jurídicos, sin que uno de esos objetos jurídicos pueda ser tutelado en forma independiente por otro tipo.

Normalmente, el legislador ubica estos tipos en el capítulo o título a que se refiere el bien jurídico tutelado de mayor importancia; tal es el caso de nuestra legislación punitiva vigente para el Distrito Federal, en donde los tipos complejos, que lo son el Homicidio con motivo de un Robo, una Violación o un Allanamiento de Morada, se encuentran previstos en el artículo 315 Bis, dentro del Capítulo III de reglas comunes para las Lesiones y Homicidio, Título Décimo Noveno, delitos contra la vida y la integridad corporal, debido a que por todos es conocido que el bien jurídico tutelado de mayor relevancia en cualquier

legislación penal, lo es la vida.

No debemos caer en el error de considerar que en esta clase de tipos tendremos varios sujetos pasivos del delito, tantos como bienes jurídicos se lesionen; en un tipo complejo, tenemos; efectivamente dos o más objetos jurídicos lesionados, pero ellos pertenecen a un solo titular, pues en caso de ser dos, estaríamos ante un concurso de delitos y no ante un tipo complejo.

Conviene distinguir los tipos complejos o de conducta pluriofensiva, de los que la doctrina italiana llama delitos complejos; estos últimos surgen - como lo dice la Corte - "Cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituirían por sí mismos delitos.

El fenómeno del delito complejo está reconocido legalmente en Italia, en el artículo 84 de su codificación penal, disponiendo: "que las normas referentes al concurso de delitos no se aplican cuando "la ley considera como elementos constitutivos o como circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que constituirán por sí mismos delitos". Tal institución, como se ve, busca solucionar legalmente el problema que surge en tales casos sobre la existencia o no de un concurso de tipos.

Sobre este aspecto la Corte dijo: " Aunque el Código Penal Colombiano no contiene en sus normas generales previsión

acerca del delito complejo... es incuestionable que en algunas de las conductas delictivas que describen en la parte especial se observa las características propias de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo en la concusión (artículo 156), en la detención arbitraria (artículo 295), en el robo con violencia que cause daño a las cosa (artículo 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (artículo 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandonado (artículo 395 y 396), y en el hurto cometido en un lugar habitado (artículo 397 y 398 Núm. 4º). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena, ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposas, ni abandono de niños y homicidio culposo, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que, en su orden, configurarían los delitos de abuso de autoridad (artículo 171), defraudación por daño en cosa ajena (artículo 426), homicidio o lesiones culposas (artículos 370 y 371 y ss), y violación de domicilio (artículo 302), son en tales hipótesis, por voluntad del legislador, elementos constitutivos de la infracción (casos de los artículos 156, 295 y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los artículos 318, 396 y 398 Núm. 4º), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio non bis in idem". (52)

Los mismos problemas se presentan en la legislación mexicana, tenemos por ejemplo: Violación pues requiere de la Violencia física, que por sí sola puede constituir lesiones o violencia moral que por su parte puede configurar amenazas; Robo por personas que porten armas u objetos peligrosos, en el que la simple portación del arma constituye un delito; Robo a casa habitación, en donde al penetrar a una casa destinada a habitación configura por sí sola el allanamiento de morada; sólo

 (52).- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- *Tipicidad*.- Ob. Cit. págs. 130 y 131.

que en nuestra legislación penal no contamos con un precepto que en forma legal nos ayude a resolverlos, como lo tiene la legislación Italiana, por ello acudimos a las reglas teóricas para resolver el concurso aparente de normas.

El maestro Federico Puig Peña, nos dice que el concurso aparente de leyes, es una "situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales, cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la calificación de una conducta delictiva, regulan ésta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas, excluye necesariamente la de la otra". (53)

Para resolver el conflicto aparente de normas se han establecido diversos principios, el de especialidad, el de consunción o absorción, el de la subsidiaridad, y el de alternatividad.

El principio de la especialidad, nos dice que cuando el conflicto estriba en la concurrencia de una norma general y una especial, ésta última excluye a la general.

"La estimación más simplista reputa normas "especiales" a las que regulan de manera particular una materia cualquiera, resultando sugestiva la orientación que nos brinda el concepto, pues si de manera particular la norma regula una determinada situación, es porque otra norma hace lo mismo en forma general, lo que permite considerar, como punto de partida, que la materia del hecho etc., está siendo abarcada por ambas normas". (54)

(53).- PUIG PEÑA, FEDERICO.- Colisión de Normas Penales.- Editorial Bosch, 1ª Edición, Barcelona, 1955.- Pág. 15.
(54).- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- Concurso Aparente de Normas.- Editorial Porrúa, S.A. 3ª Edición, México, 1989.- Pág. 143.

El principio de consunción o absorción, opera cuando el hecho previsto por una ley, está comprendido en el tipo descrito por otra que es de más amplio alcance o contenido.

El principio de Subsidiaridad, establece: "ley primaria deroga ley subsidiaria, pretende que una ley es subsidiaria respecto de otra, cuando ambas contemplan la violación de un mismo bien jurídico , pero en diversos grados de punibilidad, caso en que se aplica la ley principal; es cuando varias disposiciones se encuentran en relación de subsidiaridad cuando protegen un mismo bien jurídico contra diferentes grados de ofensa, caso en que no puede ser aplicada la disposición que contempla la ofensa menos grave". (55)

El principio de alternatividad, es aplicable cuando: "dos leyes penales pueden tener en casos excepcionales un contenido idéntico y, en ocasiones más frecuentes, ese contenido puede coincidir en parte, sin que en esta hipótesis una de tales leyes constituya la regla y la otra se convierta por ese motivo la excepción. Cuando las normas tienen identidad parcial, los tipos se encuentran en relación de "dos círculos secantes", cuya superficie de contacto es regulada con penas determinadas, lo cual equivale a que los dos tipos de delito se comparten como "dos círculos secantes", de manera que si la pena a que se refieren dichas leyes es la misma, resulta indiferente aplicar una o la otra; en cambio, la diferencia de penalidad lleva al juez a aplicar la norma que contenga la sanción más severa". (56)

No obstante lo anterior, en mi opinión deberá aplicarse la pena menor, ello en función al principio "*indubio pro reo*."

 (55).- FONTECILLO, RIQUELMES.- El Concurso aparente de Leyes y sus Principios Fundamentales.- Ediar Editores, 1ª Edición, Buenos Aires, 1944.- Pág. 45.
 (56).- JINENEZ DE ASUA, LUIS.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II.- Editorial Lomada, 1ª Edición.- Buenos Aires, 1950.- Pág. 543.

2.- Concurso de Delitos.

El concurso de delitos se presenta cuando existen varias conductas y/o varios resultados que por sí solos constituyen un delito.

Este concurso puede darse en dos hipótesis: la primera, cuando una misma conducta, naturalísticamente entendida, cabe en dos o más tipos penales diversos; y la segunda, cuando varias conductas de la misma persona encuadran en varios tipos diversos entre sí o en un mismo tipo legal. Háblase en el primer caso de un concurso ideal y en el segundo de un concurso material de tipos.

Aunque la nomenclatura jurídica ordinariamente utilizada por la doctrina para definir estos fenómenos es la de concurso ideal y concurso real o material de delitos, nosotros, siguiendo a Jiménez Huerta empleamos más bien la expresión "concurso de tipos", porque lo que hace que pueda hablarse en estos casos de una pluralidad de delitos no es otra cosa que la pluralidad del factum, es decir, la circunstancia de que la conducta y conductas enjuiciadas se adecuen contemporáneamente a varios tipos: "si nos hallamos ante una pluralidad de tipos, dice el autor mencionado, aunque la conducta lesionase varios bienes jurídicos de distinta clase y aunque el reproche para su autor fuese más enérgico debido a dicha pluralidad, carecería de legítimo aumento de pena previsto para la figura".

"De otra parte, como quiera que todo delito es típico o no es delito, la pluritipicidad es el origen de la pluridelictuosidad, sobre la que se ha venido haciendo tradicionalmente particular énfasis siempre que se trata de esta materia".

"Por lo demás, bien puede ocurrir que respecto de alguien se predique concurso material o ideal del cual, sin embargo, no sea responsable porque concurre en su favor una causal de justificación o de inculpabilidad, caso en el cual el concurso no genera delitos, sino que por esto aquél desaparezca como fenómeno jurídico." (57)

El artículo 18 del Código Penal nos señala el concurso ideal y real, en los siguientes términos.

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

a) CONCURSO IDEAL.- Para que exista concurso ideal, es necesario que se presenten dos requisitos: Unidad de Conducta y Pluralidad de Tipos.

No debemos confundir la unidad de conducta con la unidad de actos; la conducta puede estar compuesta de varias acciones

(57).- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- La Tipicidad.- Ob. Cit.- Págs. 207 y 208.

y esas acciones pueden ser positivas o negativas, estos es, acciones propiamente u omisiones; lo que implica también la unidad subjetiva de propósito o dolo, o bien una violación al deber del cuidado, y así tendremos culpa.

Por lo que toca a la pluralidad de tipos, ello significa que la conducta realizada quede subsumida como tal en varias descripciones típicas, es decir una pluralidad de lesiones o violaciones jurídicas.

El concurso ideal será heterogéneo cuando la conducta es subsumida en diversos tipos y será homogéneo cuando la conducta se subsume varias veces en el mismo tipo; pero en ambos casos existirá pluralidad de resultados.

El concurso ideal deberá excluirse cuando se ha realizado un tipo que elimina al otro por las reglas que resuelven el concurso aparente de normas, como son la especialidad, la absorción o consunción.

El Código Penal para el Estado de Guerrero en su artículo 21 estipula en la misma forma que el Código Capitalino el Concurso Real de Delitos; no así el Código Penal del Estado de Jalisco pues su artículo 15 párrafo segundo señala: "Hay concurso ideal o formal cuando, con un solo acto u omisión, se violan varias disposiciones penales. Por su parte la Ley Punitiva del

Estado de Guanajuato en su artículo 29 nos dice: "Hay concurso ideal cuando con una sola conducta, dolosa, culposa o preterintencional, se violan varias disposiciones penales; sin embargo, en todo caso, palabras más o palabras menos, el concurso ideal es igual en dichas legislaciones.

c) CONCURSO REAL.- Como ya se indicó, se encuentra previsto en la parte segunda del artículo 18 del Código Penal y es cuando con varias conductas se cometen varios delitos.

"La existencia de un concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa; habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción".

"En segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que - como el concurso ideal - presupone que los tipos penales realizados son también independientes".

(58)

En efecto, la característica del concurso real es la independencia estructural de los tipos a los que el sujeto activo

(58).- BACIGALUPO, ENRIQUE.- *Manual de Derecho Penal.- Parte General.- 1ª Reimpresión, Editorial Temis.- Bogotá-Colombia, 1989.- Pág. 250.*

se va adecuando; es decir los tipos son independientes entre sí; pero provienen de un mismo autor.

El concurso real puede ser homogéneo o heterogéneo, simultáneo o sucesivo.

Es homogéneo cuando los hechos realizados por el sujeto activo se adecuan a un mismo tipo legal.

Es heterogéneo cuando los varios hechos perpetrados son de diversa especie; es decir, se subsumen en tipos distintos y existe una volición criminosa distinta.

Es sucesivo cada vez que el agente realice una pluralidad de conductas entre las cuales medie un cierto espacio temporal de cualquier duración.

"Háblase finalmente, de concurso simultáneo siempre que la pluralidad de comportamientos tipificados sea el producto de una sola conducta". (59)

Al igual que en el concurso ideal, el Código Penal de Guerrero en el párrafo segundo del artículo 21 establece en los

(59).- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- Tipicidad.- Ob. Cit.- Pág.213.

mismo términos el concurso real, que el Código sustantivo ciudadano; no así la Legislación punitiva de Jalisco que en el párrafo primero del artículo 15 señala: " Existe concurso real o material, cuando una misma persona comete varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita". Como podemos apreciar el concepto es similar, sólo que introduce requisitos de procedibilidad.

El Estado de Guanajuato, por su parte, en el artículo 28 de su Legislación punitiva señala: "Hay concurso real cuando una persona cometa varios delitos ejecutados dolosa, culposa o preterintencionalmente, en actos distintos".

3.- Aplicación de Penas en los Concursos de Delitos

Normalmente, para la aplicación de pena en concursos de delitos, se utiliza las reglas de acumulación; es decir la suma de las penas que le corresponderían por los delitos cometidos, sin que exceda de los máximos señalados por la propia legislación punitiva.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, nos

señala en su artículo 25 que el máximo será de 40 años de prisión a excepción de los delitos previstos en el artículo 315 bis (tipos complejos), 320 (homicidio calificado), 324 (derogado); en estos casos, el máximo de la pena será de 50 años.

El artículo 25 del Código Penal del Estado de Guerrero señala como máximo de pena 30 años; el de Jalisco (artículo 20), 40 años; y el de Guanajuato 30 años (artículo 47).

Lo anterior, no lleva a afirmar que en México no existe la "Cadena Perpetua" ya que todas las legislaciones punitivas marcan en su texto un máximo de pena de prisión. Pero no debemos olvidar que esto se refiere a pena de prisión por sentencia que ha causado ejecutoria; pues puede darse el caso, de sujetos que han sido sentenciados en varias ocasiones y que la suma de sus penas pueden sobrepasar el máximo previsto por la ley.

El artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal, hasta antes de las reformas que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994, en la aplicación de penas en caso de concurso de delitos utilizaba las reglas de acumulación; pero con dichas reformas el legislador establece para el concurso real de delitos una mecánica por demás imprecisa y absurda; a continuación daremos los motivos de las anteriores afirmaciones.

a) CONCURSO IDEAL.- El párrafo primero del artículo 64 del Código Penal, nos dice:

"En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente del delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".

En cuanto a que se aplicará la pena del delito que merezca la mayor, diremos que si tenemos en el concurso de delitos uno con pena alternativa, debemos estar a la pena privativa de libertad, y si ambos tienen pena alternativa el juzgador motivadamente podrá elegir entre la pena de prisión o la otra pena, siempre y cuando sean de la misma especie. Sin embargo, desde mi punto de vista el juzgador deberá escoger la pena no privativa de la libertad en función del principio "lo más favorable al reo".

Ahora bien el párrafo en comento señala que la pena del delito que merezca la mayor, podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de duración. Aquí encontramos dos problemas; es decir que "podrá aumentarse hasta en una mitad más del máximo de su duración, significa que puede aumentarse $1/3$, $1/4$, $1/5$, $1/6$, etc; lo anterior revela una clara imprecisión; y si a eso le aunamos que esa mitad más se aumentará del máximo de su duración,

resulta aún más confuso, pues no se comprende si el aumento no podrá ser mayor a la mitad del máximo señalado por la ley para ese delito o para el delito que entra en concurso.

En la práctica judicial, primero se individualiza la pena del delito mayor y de la pena que resulta se aumenta la mitad de dicha pena, pero solo de la pena impuesta por el tipo básico; es decir, sin sus modalidades. El no considerar las modalidades, es una costumbre dada la tendencia del causalismo que presentaba nuestra legislación penal; pero con las reformas que entraron en vigor en el mes de febrero de 1994, se trató hasta lo posible introducir el finalismo, en el que esas modalidades integran el tipo penal (artículo 122 del Código Procedimientos Penales). Por tanto, de acuerdo a la teoría finalista integrada recientemente en nuestra legislación punitiva, lo correcto sería aplicar la pena del delito que merezca la mayor y aumentar la mitad de dicha pena, pero incluyendo sus modalidades; sin embargo ello nos traería cantidades considerables de pena.

De acuerdo a lo anterior, se propone una nueva redacción al párrafo primero del artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal en los siguientes términos:

"En caso de concurso ideal, se aplicarán las penas correspondientes al delito que merezca la mayor, las cuales se aumentarán en una mitad más de dichas penas, sin incluir sus modalidades, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título Segundo del Libro Primero, ello si las penas son de la

misma especie, en caso de penas alternativas se estará a la pena privativa de libertad".

Con la redacción anterior, el Juez individualizaría primero, la pena del delito que merezca la mayor, dentro del mínimo y máximo que la ley señala para ese delito, obtendrá la mitad de dicha pena, posteriormente sumará a la del delito mayor la pena correspondiente por sus modalidades y finalmente la obtenida por el concurso.

b) CONCURSO REAL.- El párrafo segundo del artículo 64 del Código Penal vigente para el Distrito Federal; hasta antes de las reformas que entraron en vigor el 14 de mayo de 1996 señalaba:

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

En el presente párrafo, encontramos la misma imprecisión a que hicimos mención en el concurso ideal. En la parte primera sólo debemos aclarar que al decir "si ellas son de la misma especie", se refiere a las penas y no a los delitos; lo anterior se aclara, en virtud de que en la práctica aún existe dicha confusión, pero sólo basta en fijarse en el género, dice ellas,

por tanto se refiere a las penas.

Cuando son de la misma especie se aplicaran las penas que corresponda al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse en una mitad más.

Debemos señalar que la parte segunda del párrafo segundo del artículo 64 del Código Penal, a fin de cuentas ordena la mecánica del concurso ideal y por tanto no se aprecia la diferencia; ya que aplicaremos las penas del delito que merezca al mayor y aumentaremos una mitad más; pero una mitad más de qué?

En la práctica judicial existen muy diversos criterios, sin embargo son dos los dominantes:

- Hay quienes primero individualizan la pena del delito que merece la mayor y después se concretan a sacar la mitad de dicha pena, aumentándosela a la primeramente obtenida.

- Otros, individualizan las penas del delito que merece la mayor, después individualizan las penas de los otros delitos que entran en concurso, de ellas obtienen la mitad y posteriormente se le suman al de pena mayor. Lo anterior causa la falta de unificación de criterios y sobre todo una inseguridad jurídica.

El párrafo a estudio, tampoco señala si se toman o no las

modalidades con el delito que merece la pena mayor.

Debemos recordar que el concurso real existe cuando con pluralidad de conductas, se cometen varios delitos, lo que revela indudablemente una persistencia delictiva, por ello no vemos la razón de que con redacción más confusa se aplique la misma pena que en el concurso ideal; es por lo anterior que se propone una nueva redacción al párrafo en comento, en los siguientes términos.

En caso de concurso real, se aplicarán las penas del delito que merezca la mayor, la cual se aumentará en la mitad de las penas correspondientes de los demás delitos cometidos, sin que excedan de los máximos señalados en este Código.

Con la anterior redacción en realidad existiría una diferencia entre las penas de concurso ideal y real, pues individualizaremos la pena del delito mayor incluyendo sus modalidades y se aumentará la mitad de la pena que le correspondería por los demás delitos.

Con las reformas que entraron en vigor el 14 de mayo del año próximo pasado, la pena de concurso real sufre una regresión, es decir vuelve a utilizar las reglas de acumulación al señalar:

"En caso de concurso real se impondrá la pena del delito

que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el título segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado".

Como podemos apreciar, el aumento de pena en el caso de concurso real en el que no exista delito grave es potestativa del Órgano Jurisdiccional al decir "podrá"; en tanto que si en ese concurso existe algún delito grave el juez está obligado a aumentar al delito de pena mayor la suma de las penas correspondientes a cada uno de los demás delitos; lo que nos parece un poco más congruente, sin embargo opinamos que en ambos casos debía ser obligatorio.

4.- Aplicación de Penas en los Tipos Complejos.

El legislador de las reformas de febrero de 1994 en realidad pensó en sancionar con más severidad el Homicidio que se cometía con motivo de un Robo, una Violación o un Allanamiento de Morada al establecer una pena de 20 a 50 años de prisión en los tipos complejos; pero la realidad fue otra, al crear los tipos complejos lo que hizo fue beneficiar al que realiza tan reprochables conductas.

"Un caso especial de regulación de la concurrencia y que, por regla, constituirá un concurso real (aunque no siempre), es el del llamado delito complejo en la teoría y en la jurisprudencia española. El artículo 501 del Código Penal español contiene una pena única para el delito de robo con violencia o intimidación y su concurrencia con el homicidio doloso, con algunas de las diferentes formas de lesiones, con la violación y con el homicidio culposo (según el texto modificado por la ley 8/83 de 25 de junio). Dejando de lado las dificultades dogmáticas innecesarias que este precepto genera, cabe sin embargo una reflexión en torno a su significación en la teoría del concurso de delitos. En principio pareciera que el Código unifica aquí toda forma de concurso, pues en ciertos casos su texto sugiere una unidad de acción (especialmente en el caso del homicidio doloso o culposo, números 1 y 4, en los que utiliza la expresión "causar"), mientras que en los restantes sugiere en primera instancia precisamente lo contrario, es decir, pluralidad de acciones (especialmente en lo que se refiere a la concurrencia del robo con la violación, difícilmente imaginable en unidad de acción con el apoderamiento de cosas muebles, así como en las lesiones, donde el legislador al recurrir el verbo "acompañar" permite suponer que se refiere también a acciones independientes).

La regla referente a la concurrencia del robo y el homicidio doloso (artículo 501,1), determina una pena superior a la que resultaría de aplicar el artículo 69, mientras que se aumenta la que resultaría de este último precepto en el caso en que el robo concurriera con las lesiones del número 4 del artículo 420 (artículo 501, 4). Así mismo, es difícil explicar por qué razón el homicidio culposo producto del robo y la concurrencia del robo con tortura (que necesariamente debería estar ya considerada en los diversos tipos de lesiones), merecen la misma pena (artículo 501, 4). La concurrencia del robo con la privación ilegal de la libertad ("se tomaren rehenes" artículo 501, 4), que por lo general concurrirá en forma real con el robo resulta inexplicablemente privilegiada con la aplicación del artículo 501, 4 con respecto a la pena que prescribe el artículo 69.

Las amenazas penales del artículo 501 del Código Español carecen ante todo de una fundamentación adecuada en lo que se refiere al aumento de la pena por encima de lo que corresponde al concurso real (y en el caso al ideal), según las reglas generales. Al no haber razones que justifiquen un tratamiento especial del concurso del robo con otros delitos, el llamado delito complejo constituye una figura que sólo perturba el sistema del concurso de delitos. Una manera de reducir esta perturbación sería la de limitar su aplicación a los casos de

concurso real (es decir, de pluralidad acciones), las reglas del concurso ideal, entonces desplazarían a las del artículo 501 en razón del principio por el cual una norma especial deroga a la general, y limitándose el artículo 501 al concurso real, las reglas del concurso ideal tendrían un carácter especial con respecto al él.

Este punto de vista no podría salvar, de todos modos, la contradicción derivada de que la concurrencia del robo con las lesiones del artículo 420, 3 recibe en el artículo 501, 4 un tratamiento distinto que el concurso con las restantes lesiones, ni tampoco la inconsecuencia de equiparar las torturas cualquiera sea su resultado, y sean dolosas o culposas al homicidio culposo. Totalmente inexplicable e insalvable es la contradicción que presenta el número 4 del artículo 501 al establecer que la pena del robo en concurrencia (incluso real) con la privación ilegal de la libertad (artículo 480 y ss) debe sujetarse en todos los casos según las reglas más beneficiosas del concurso ideal (artículo 68). Aquí deberían ser las reglas de concurso real (artículo 69) las que desplazaran a las del artículo 501, 4.

Legislativamente sería aconsejable suprimir la figura del "delito complejo" . (60)

En efecto, la existencia de los tipos complejos trae como consecuencia serias complicaciones con los concursos de delitos, ya que al igual que el Código Penal español, en el de nuestra Capital al realizar la operación para obtener la pena en un tipo complejo, aplicando las impuestas para el concurso de delitos existen verdaderas discrepancias; tenemos por ejemplo: Aplicando una culpabilidad media en un tipo complejo, la pena sería de 35 años de prisión; ahora bien aplicando la misma culpabilidad media, pero en un concurso real, teniendo en cuenta que tenemos

(60).- BACIGALUPO, ENRIQUE.- Ob. Cit.- Págs. 251 y 252.

un delito grave (homicidio calificado y robo 370 párrafo primero del Código Penal), tenemos que la pena sería 35 años por el homicidio y 1 año 1 día por el robo, en total 36 años 1 día de prisión, como podemos ver, aquí se está beneficiando al sentenciado con un 1 año, 1 día de prisión, lo que significa que se premia a quien comete un tipo complejo. Veámoslo ahora con un concurso de homicidio y violación, por el tipo complejo y señalando una culpabilidad media, se aplicarían 35 años de prisión, en tanto con las reglas del concurso real le corresponderán 35 años de prisión por el homicidio y 11 años por la violación; es decir, un total de 46 años de prisión pero como el máximo a aplicar es de 40 años, esta sería la pena a aplicar, pero aún así se favorece con 5 años al sentenciado.

Al respecto proponemos también que en caso de concurso de delitos en el que se encuentre algún delito grave, el máximo de pena que puede imponerse sea de 50 años de prisión, esto es, se propone una reforma al artículo 25 del Código Penal en este sentido quedando de la siguiente forma:

La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años con excepción de lo previsto por los artículos 320, 324, 366 y en los Concursos de delitos en los que exista un delito grave, en el que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y...

En los anteriores ejemplos, dimos por hecho la existencia de un homicidio calificado, pero veamos que ocurre con un homicidio simple intencional.

Aplicando la pena del tipo complejo la correspondiente a una culpabilidad media sería de 35 años; aplicando las reglas de concurso de delitos de homicidio con robo 370 párrafo primero del Código Penal, por el homicidio le corresponderían 14 años de prisión y por el robo 1 año 1 día, que hacen un total de 15 años 1 día de prisión, apreciando un perjuicio al sentenciado de 20 años 1 día.

Con el delito de violación tendríamos 14 años por el homicidio y 11 años por la violación; haciendo un total de 25 años de prisión, existiendo un perjuicio para el sentenciado de 10 años de pena privativa de la libertad.

Como se puede apreciar en ambos grupos de ejemplos existe incongruencia si aplicamos una pena del tipo complejo ya que por un lado se beneficia inadecuadamente al sentenciado aplicando una pena atenuada y en el segundo grupo de ejemplos se da por hecho un delito de homicidio calificado perjudicando injustamente al sentenciado atribuyéndole una calificativa que no cometió.

5.- CONSIDERACIONES.

A lo largo de este trabajo, hemos observado que las reformas que se le han venido haciendo al Código Penal de 1931, en su gran mayoría carecen de técnica y que son resultado sólo de espontaneidad e improvisación del legislador, que sólo se guía de su intuición sin acercarse a personas que por su experiencia pueden auxiliarlo a realizar reformas con más técnica. Claro ejemplo lo es el que tratamos en este trabajo, tal parece que al legislador le pareció correcto crear un tipo complejo e imponerle una pena máxima, pero ningún trabajo costaba acercarse a un especialista para darse cuenta que la reforma en base a las reglas de la individualización de la pena no daba el resultado que quería.

Estamos de acuerdo en que la ley debe de responder a las necesidades de la sociedad, tendiendo a cumplir con los propósitos de la pena, pero no basta aumentar sus límites viendo el tipo en forma individual, ya que siempre hay que tomar en cuenta que ese tipo forma parte de todo un sistema punitivo y que al realizar una variación en alguno de ellos debe de observarse la alteración que puede presentarse en los numerales que se relacionan y si ese cambio realmente va a dar el efecto que se pretende.

Nuestro aparato legislativo se encuentra conformado en su mayoría por personajes de la farándula o personas que tal vez son unos expertos en la política, pero de derecho no saben nada; deben dejarse guiar por los especialistas, que en el caso serían las Autoridades Judiciales quienes en último de los casos son los que en la práctica sufren graves trastornos al tratar de impartir justicia, y quienes a fin de cuentas son tratados como corruptos e injustos, cuando en muchas ocasiones y muy a su pesar tienen que aplicar los absurdos implantados en la ley, dando esa apreciación a la sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El primer tipo que existió fue la "La Ley del Talión", siguiéndole la Composición. El Derecho Romano nos legó la base del Tipo, "*Nula Poena Sine Lege*".

SEGUNDA.- Tipo es un supuesto conductual sancionado por las leyes penales.

Es un supuesto conductual, pues describe conductas o supone conductas humanas, que están previstas en una ley penal, llevando implícita la antijuridicidad o materia de prohibición y por ello al cometerse son sancionadas.

El tipo es un elemento positivo del Delito; no debe de confundirse el tipo con el Delito, el primero es la especie, el segundo el género.

TERCERA.- La conducta como elemento del delito es un movimiento u omisión de movimiento voluntario y consciente; en tal virtud la conducta puede ser positiva o negativa, es decir, acción, omisión o comisión por omisión.

CUARTA.- Delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Objeto Jurídico o Bien Jurídico Tutelado, es el bien o

interés que protege cada tipo. Objeto Material del delito es la persona o cosa en la que recae la conducta típica. Instrumento del Delito, es el objeto que se utiliza para obtener el resultado. Cuerpo del Delito, es la acción punible o hecho objetivo.

QUINTA.- El resultado como elemento del delito es el acontecimiento que se produce por la conducta, no necesariamente debe ser un hecho, sino todo efecto de la conducta; que debe ser típico.

El Nexo Causal, otro elemento del tipo, es la relación de causa y efecto entre la conducta y el resultado.

En la tentativa se establece entre los actos realizados encaminados a la obtención del resultado material y el riesgo corrido por el bien jurídico tutelado, tomando en consideración la proximidad a la consumación.

En los delitos culposos el nexa causal deberá existir entre la conducta imprudente, la evitabilidad y prevenibilidad del resultado y producción de éste.

En los delitos de omisión, el nexa causal deberá establecerse entre la conducta omisiva y la obligación de haber actuado y el resultado.

SEXTA.- Algunos tipos contienen ánimos o elementos subjetivos específicos, que son los propósitos distintos al dolo que van implícitos en él.

Otros tipos contienen también elementos normativos, que son aquellos que requieren de una valoración jurídica o cultural.

SEPTIMA.- En virtud de la redacción casuística el artículo 316 del Código Penal, que establece la Ventaja, se propone la derogación de las fracciones I, II y IV dejando únicamente la III pues en ella se engloban todos los supuestos de ventaja que puedan existir.

Debido a que en el texto de la reforma que entró en vigor el 1º de febrero de 1994 no se derogó el Infanticidio Honoris Causa, previsto en el artículo 327 del Código Penal, a pesar de que en el artículo Primero transitorio se deroga, en función al principio "*indubio pro reo*" y dado que contempla un atenuante, deberá aplicarse.

En razón a la redacción casuística del artículo 285 del Código Penal, se propone una reforma a efecto de sustituir los términos sin permiso de la persona autorizada para darlo, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita; por la simple palabra de "arbitrariamente" y que además se agregue al texto del tipo la conducta de permanencia en la morada. Quedando como sigue: "...Al que arbitrariamente, se introduzca a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada o permanezca en ella cuando el ocupante ya no lo desee".

OCTAVA.- Nuestra Legislación Penal contempla dos sistemas

de acumulación de delitos para efecto de su punición; en general se encuentran representados por los llamados Concursos de Delitos (ideal y real) y el especial lo constituyen los tipos complejos. Cada uno de estos sistemas completan reglas especiales en la aplicación de las penas; sin embargo algunas no resultan del todo claras y otras no lo son del todo justas.

Tomando en consideración el bien jurídico que tutelan los tipos, éstos pueden ser simples o complejos; el primero tutela específicamente un solo interés jurídico y los segundos tutelan simultáneamente varios objetos jurídicos.

NOVENA.- Los Tipos Complejos que existen en nuestro Código Penal son los previstos en el artículo 315 bis, cuando el Homicidio se comete con motivo de un Robo, una Violación o un Allanamiento de Morada.

En un tipo complejo existen dos o más bienes jurídicos tutelados, pero ellos deben pertenecer a un solo titular, pues en caso contrario será un concurso de delitos.

Ante los tipos complejos y los tipos independientes que lo forman, deberá aplicarse la pena del tipo complejo, ello en virtud al principio de especialidad.

En el concurso ideal, no debemos confundir la unidad de conducta con la unidad de actos; la conducta puede estar compuesta de varias acciones y esas acciones pueden ser positivas o negativas, esto es, acciones propiamente u omisiones; lo que implica también la unidad subjetiva de propósito o dolo, o bien

una violación al deber de cuidado, y así tendremos culpa.

DÉCIMA.- En la pluralidad de tipos la conducta realizada queda subsumida como tal en varias descripciones típicas, es decir una pluralidad de lesiones o violaciones jurídicas.

DÉCIMA PRIMERA.- Normalmente para la aplicación de penas en los concursos de delitos se utilizan las reglas de acumulación; esto es la suma de las penas sin que excedan de los máximos señalados por la ley; lo que nos lleva a afirmar que en México no existe la cadena perpetua, pero esto es por resolución, ya que puede tener varias sentencias y reunir más de los máximos señalados por la ley.

DÉCIMA SEGUNDA.- En razón a que el artículo 64 párrafo primero señala que se aplicará la pena del delito que merezca la mayor, cuando existe concurso de delitos con pena alternativa, el Juez en función al principio "lo más favorable al reo" deberá estar a la pena no privativa de libertad.

DÉCIMA TERCERA.- Se propone una nueva redacción al párrafo primero del artículo 64 del Código Penal.

"En caso de concurso ideal se aplicarán las penas correspondientes al delito que merezca la mayor, las cuales se aumentarán en una mitad más de dichas penas, sin incluir sus modalidades, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el

Título Segundo del Libro Primero, ello si las penas son de la misma especie; en caso de penas alternativas se estará a la no privativa de libertad".

Se propone una reforma al párrafo segundo del artículo 64 del Código Penal en los siguientes términos:

"En caso de concurso real, se aplicarán las penas del delito que merezca la mayor, la cual se aumentará en la mitad de las penas correspondientes de los demás delitos cometidos, sin que excedan de los máximos señalados por este Código".

DÉCIMA CUARTA.- Se propone una reforma al artículo 25 del Código Penal en los siguientes términos:

"La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años con excepción de lo previsto por los artículos 320, 324, 366 y los concursos de delitos en los que exista un delito grave, en el que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y..."

El legislador de las reformas de febrero de 1994 en realidad pensó en sancionar con más severidad al crear los tipos complejos previstos en el artículo 315 bis del Código Penal, pero en realidad ello resultó benéfico, pues al individualizar la pena, el resultado es menor que la que resulta por el concurso de delitos; por tal razón se propone la derogación del precepto de referencia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ARCHAVAL, ALFREDO.- Delito de Violación.- Estudio Sexológico Médico Legal y Jurídico.- Editorial Abeledo Perrot.- Primera Edición.- Buenos Aires, 1979.
- 2.- ANTOLISEI, FRANCISCO.- Manual de Derecho Penal.- Editorial Temis.- Octava Edición.- Bogotá Colombia, 1988.
- 3.- BACIGALUPO, ENRIQUE.- Manual de Derecho Penal.- Parte General.- Primera Reimpresión, Editorial Temis.- Bogotá Colombia.- 1989.
- 4.- BALTHAZARD.- Medicina Legal.- Segunda Edición Española, traducida y anotada de la Tercera Edición Francesa, Salvat Editores.- Barcelona, 1979.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Parte General.- Octava Edición.- Editorial Porrúa, México, 1967.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- Derecho Penal Mexicano.- Parte General.- Octava Edición, Editorial Libros de México, S.A., México, 1967.
- 8.- CUELLO CALON, EUGENIO.- Derecho Penal.- Tomo I Parte General.- Novena Edición.- Editorial Nacional Edinal, S. DE R.L., México, 1961.
- 9.- FONTECILLO, RIQUELMES.- Concurso Aparente de Leyes y sus Principios Fundamentales.- Ediar Editores, Primera Edición, Buenos Aires, 1944.
- 10.- GARRAUD.- Tratado Teórico y Práctico del Derecho Penal Francés.- Editorial Recuil Sirey, París, 1924.- Tomo V.
- 11.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO.- Delitos Sexuales.- Segunda Edición.- Editorial Porrúa, S.A., México, 1969.
- 12.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.- Editorial Porrúa, S.A.- Décimo Séptima Edición, México, 1981.
- 13.- GONZALEZ QUINTANILLA, JOSE.- Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A.- Primera Edición.- México, Distrito Federal, 1991.
- 14.- JIMENEZ DE ASUA, ALFONSO.- Periódico Oficial El Universal. México, 18 de febrero de 1930.
- 15.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- La Ley y El Delito.- Tercera Edición.- Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana.- Buenos Aires, Argentina,

1958.

- 16.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo II.- Editorial Losada, Primera Edición.- Buenos Aires, 1950.
- 17.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- La Culpa.- Primera Edición, Ediciones Lener, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- 18.- KVIKTO, LUIS ALBERTO.- La Violación.- Editorial Trillas, Primera Edición, México, 1986.
- 19.- MARTINEZ DE CASTRO, ANTONIO.- Exposición de Motivos del Proyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.- Noviembre 6 de 1989.
- 20.- ORDAZ, ALFREDO.- La Culpabilidad.- Primera Edición, Editorial Lener, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- 21.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- Comentarios de Derecho Penal.- Editorial Porrúa, S.A.- Tercera Edición, México, Distrito Federal, 1973.- Pág. 40.
- 22.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.- Concurso Aparente de Normas.- Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición, México, 1989.
- 23.- PUIG PEÑA, FEDERICO.- Colisión de Normas Penales.- Editorial Bosch, Primera Edición, Barcelona, 1955.
- 24.- RAMOS VALLADOLID, EULALIO.- Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual.- Compendio de Aportaciones Jurídicas.- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.- México, 1993.
- 25.- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- Tipicidad.- Editorial Temis.- Quinta Edición.- Bogotá, Colombia, 1989.
- 26.- REYES ECHANDIA, ALFONSO.- La Culpabilidad.- Primera Reimpresión.- Editorial Universal.- Externado de Colombia.- Colombia, 1979.
- 27.- TEJA ZABRE, ALFONSO.- Código Penal de 1931, Revisado según los textos oficiales y con una Exposición de Motivos del Lic. Alfonso Teja Zabre. Cuarta Edición, Editorial Botas, México, 1938.
- 28.- VELA TREVIÑO, SERGIO.- Culpabilidad e Inculpabilidad.- Editorial Trillas, Primera Reimpresión.- México, 1977.
- 29.- VILLALOBOS, IGNACIO.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A.- Quinta Edición.- México, Distrito Federal, 1990.
- 30.- VILLEGAS UGARRIZA GARCIA.- Derecho Penal Argentino.- Tomo II, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires.- Primera Edición, 1975.
- 31.- WELZEL, HANS.- Derecho Penal Alemán.- Editorial Jurídica de Chile.- Tercera Edición Castellana.- Chile, 1987.

32.- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.- Manual de Derecho Penal.- Segunda Edición, Editorial Cárdenas.- México, 1988.

Legislación

1.- BORRELL NAVARRO, MIGUEL Dr.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- México.- Editorial Sista, S.A. de C.V. 1996.

2.- GARCIA RAMIREZ, EFRAIN.- Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.- México.- Editorial Sista, S.A. DE C.V., 1996

3.- GARCIA RAMIREZ, EFRAIN.- Legislación Penal Procesal.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- México.- Editorial Sista, S.A. DE C.V., 1996

4.- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.- México.- Sexta Edición.- Editorial Porrúa, S.A, 1993.

5.- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero.- México.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A, 1992.

6.- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Jalisco.- México.- Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S.A, 1994.

7.- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado Libre y soberano de Veracruz.- México.- Cuarta Edición.- Editorial Porrúa, S.A, 1993.