

759
2er



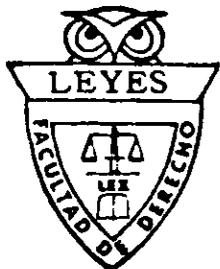
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LA PARTICIPACION DELICTUOSA EN EL
DELITO CONTRA LA SALUD

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GLORIA **LOZ SILVA** PEREZ



MEXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA.

1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

268373



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Al Lic. Roberto Avila Ornelas:
Por su paciente, comprensión
y sabios consejos.

A mis padres:
Simona Pérez de Silva y Francisco Silva Delfin.
Por su invaluable apoyo, amor, respeto y honestidad.

A mi esposo:
José Octavio López García.
Doy gracias por su amor y brindarme su
ayuda para concluir este trabajo.

A mis hijos:

Jéssica, Gloria y Octavio Israel.
Con el amor de siempre y por lo
que significan en mi vida.

A mis hermanos:

Jesús, Bertha, Angel, Sara, Odilia, Saúl.
Con todo mi respeto y admiración.

A mis sobrinos:

Jazmín, David, Karen, Jonathan,
Arizbeth, Saúl, Mayra, Yareth y
Joshua.

Como una prueba de superación y
mi cariño de siempre.

Al Honorable Jurado:
Respetuosamente.

INDICE

Introducción

Capítulo I.- Generalidades sobre el Derecho Penal

- 1.- Evaluación de las Ideas Penales
- 2.- La Historia del Derecho Penal
- 3.- Teoría de la Ley Penal
- 4.- Fuentes del Derecho Penal
- 5.- La interpretación de la Ley Penal

Capítulo II.- La participación delictuosa en el delito

- 1.-Concepto de Participación
- 2.- Naturaleza de la Participación
- 3.- Grados de Participación
- 4.- El encubrimiento como forma de participación y como Delito Autónomo

Capítulo III.- Los elementos del Delito Contra la Salud

- 1.- Concepto de delito
- 2.- La acción en el Delito Contra la Salud
- 3.- La coparticipación delictuosa con la relación de causalidad
- 4.-La culpabilidad en el Delito Contra la Salud
- 5.- Los partícipes y la tipicidad en el Delito Contra la Salud
- 6.- La antijuridicidad en el Delito Contra la Salud
- 7.- Consecuencias de la conducta observada por los partícipes
- 8.- Aspectos de privilegio y de gravedad en la punición de las conductas de los copartícipes

Capítulo IV.- Modalidades del delito, penalidad y proselitismo

- 1.- Análisis sustancial de los preceptos referentes al delito de Contra la Salud en lo concerniente a la Participación
- 2.- Participación delictuosa (necesaria y eventual)
- 3.- Codelincuencia
- 4.- Muchedumbre

INTRODUCCIÓN

Con la presente investigación pretendo a través del aspecto histórico resaltar la vital importancia del ilícito, otorgándole un lugar preferente; para poder entender la conducta del delito, su razón de ser, comprender el por qué de la preocupación de pasadas generaciones ante este tipo de delitos que realmente son una molestia, enardecen y causan un severo daño social.

Nuestra sociedad mexicana desde hace muchos años ha vivido un gran problema debido al tráfico de drogas, razón por la cual los gobiernos se han preocupado por combatir y erradicar en lo posible, este mal que aqueja a la humanidad. En el H. Congreso de la Unión existe esta preocupación, por lo tanto, desde la creación del Código Penal han colaborado derogando y creando nuevos ordenamientos que regulan las conductas ilícitas del delito Contra la Salud; ya que en la medida en que aumentan las necesidades sociales, los gobiernos han incrementado las penas y medidas de seguridad, lo cual está claro en las reformas que ha sufrido nuestro ordenamiento de estudio hasta la fecha.

Con el aspecto histórico daré una visión amplia sobre la conducta que ejecuta el sujeto activo con la utilización de drogas, que la Ley de la materia contempla teniendo como antecedentes que el ser humano desde que aparece en la tierra las utilizó y las viene utilizando con abusos, por lo que algunos se enriquecen en forma desmedida causando graves daños a la sociedad mundial; es decir, que las mismas conductas que el ordenamiento penal actual los tiene contemplados como ilícitos ya se venían presentando desde hace muchos años, sólo que actualmente se tipifican con penas más altas.

Como se puede ver en la realidad, como miles de personas tanto de campo como de la ciudad, son engañadas y utilizadas en la participación de actividades ilícitas; protegiéndose siempre a los capos y patronos de las organizaciones, a través del lavado de dinero.

Por tal motivo, surge la inquietud de estudiar las conductas que convergen en la aliación o consumo personal e indiscriminado de las drogas, llevándose a cabo al mismo tiempo la regulación legal y justa de todas las actividades que integran el Delito Contra la Salud.

Todo lo anterior fueron los principales motivos que me llevaron a intentar realizar un estudio sobre este problema social que es realmente peligroso en la época actual. Con las reformas que han surgido en cuanto a la participación delictuosa, es importante que los sujetos que se ven involucrados en este tipo de delitos, sean severamente castigados.

GLORIA LUZ SILVA PEREZ.

CAPITULO I GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO PENAL

SUMARIO:

1. Evolución de las Ideas Penales.
2. La historia del Derecho Penal.
3. Teoría de la Ley Penal.
4. Fuentes del Derecho Penal.
5. La Interpretación de la Ley Penal.

1. Evolución de las Ideas Penales.- Los más caracterizados historiadores de derecho penal suelen señalar cuatro fases en la evolución de las ideas penales:

Primera fase. Venganza Privada.

En esta época, al parecer el poder público de la fuerza coactiva necesaria para el cumplimiento de sus más elementales fines sociales, la función penal revistió el carácter de venganza. Se trataba de una venganza (ya sea individual, de ofendido a ofensor, ya colectiva de un grupo familiar contra otro) que no tenía las características de un modo de reacción puramente penal, permaneciendo la sociedad alejada, sino indiferente a la misma.

Sólo en el caso de que la sociedad apoyara al ofendido, al vengador, reconocía el principio legitimador de su venganza y, en caso necesario, le prestaba ayuda, en cuya circunstancia podría haber una venganza privada equivalente a una pena. Naturalmente, esta práctica dio lugar a una enorme serie de abusos, auténticas guerras civiles familiares, en las que no era fácil adivinar el final de esas sangrientas luchas, y que hizo necesario aplicar un principio limitador de las mismas, surgiendo de esta guisa el llamado talión, según el cual no fue: "ojo por ojo, diente por diente". Ulteriormente aparecieron las llamadas composiciones, transacciones de carácter especial entre agresor y familia y perjudicado y su clan, en las que aquellos rescataban de estos, en virtud de entrega pecuniaria u objetos valiosos, el derecho de venganza.¹

Representa el punto de partida de la represión.

Según la opinión tradicional, en toda agrupación humana primitiva el ofendido por el delito, o sus parientes, reaccionan contra el ofensor. Cuando

¹ Makarewics, La evolución de la pena. págs. 16 y sigtes.

la reacción proviene de la víctima, se habla de venganza privada; cuando procede de los parientes, de venganza de la sangre. Esta reacción instintiva era no sólo un derecho, sino un deber impuesto por la moral. La necesidad de contener los desbordes de la venganza, que en un comienzo no reconoció límites, hizo aparecer sucesivas limitaciones. La primera, es el talión, cuya fórmula más conocida es "ojo por ojo, diente por diente", o sea, que no podía inferirse al hecho un mal más grave que el causado por él a la víctima. El talión reconocido como signo de barbarie, significó no obstante un progreso, porque impuso una cortapisa al instinto negativo del hombre y temperó sus excesos. El abandono noxal constituye una nueva limitación; consiste en la entrega del agresor al grupo ofendido para evitar su reacción ofensiva. Más tarde aparece la composición, en virtud de la cual el ofensor es obligado a pagar al ofendido una indemnización, y éste obligado a recibirla y a renunciar a la venganza.

Algunos autores sostienen que el sistema de la venganza privada no ha funcionado en el interior de cada grupo social, sino en las relaciones de los grupos entre sí; y que el derecho penal, en el seno de los conglomerados sociales, no aparece sino cuando ésta se cohesionan y se someten a la autoridad de un jefe, que reúne en su persona todos los poderes.

La costumbre, la religión, la magia y la moral son las fuentes de que emanan los delitos.

Entre los hechos más comúnmente sancionados como delitos por los pueblos primitivos figuran el homicidio, reprimido porque tiende a debilitar al grupo; la brujería y el sacrilegio, porque ofenden a las divinidades, a las cuales es preciso mantener gratas; el adulterio, porque destruye la presunción de paternidad, base de la consanguinidad, que es el lazo más fuerte que une a los hombres primitivos; la violación de las reglas de la cacería, con el fin de evitar la destrucción de las especies útiles.

La venganza privada desapareció, ya en la antigüedad, en aquellos países que se organiza un poder público fuerte que toma a su cargo la represión del delito, especialmente en Grecia y Roma; pero reaparece en la Edad Media como consecuencia de las invasiones de los Bárbaros, y sobre todo, como resultado de la disgregación del poder público durante la época feudal, y se mantuvo no obstante los esfuerzos desplegados por la Iglesia Católica para extirparla.

En el primer período de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza la ratio essendi. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Desde luego no se pretende

afirmar que esto constituya propiamente una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunde sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla, teniendo para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones donde quiera para suponer el que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales.²

Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión "ojo por ojo, diente por diente", para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable.³

Además de la limitación talionaria, surgió más tarde el sistema de composiciones, según el cual, el ofensor podía comprar al ofendido a su familia el derecho de venganza.

Segunda Fase. Venganza Divina.

En esta fase, lo común era reparar la ofensa a los dioses que la transgresión había supuesto, y aplacar su cólera. Todo el aparato coercitivo de la justicia criminal se hacía en nombre de los dioses y para su satisfacción (en Israel, Persia, China, Egipto, la India, etc.).

Periodo Teológico - Político de la Venganza Divina y Pública.

Entre los pueblos del Antiguo Oriente, Semitas y Arios, el derecho penal se encauza en un sentido teológico. Para los Hebreos, cuyo derecho represivo, como se desprende del Deuteronomio, es el más evolucionado de aquellas naciones, del delito es esencialmente un pecado de desobediencia a la divinidad, y a la pena, una expiación purificadora, impuesta, en desagravio de la divinidad ofendida, por la autoridad en representación y por delegación suya. Conforme a este criterio, la pena tiene un fin en sí misma: evitar los rigores de la venganza divina. La represión, aunque personal, lo que indica un gran progreso era extremadamente severa y se hace de la muerte una pena de aplicación casi general.

² Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, pág. 24 segunda edición, Edit. Porrúa, 1960.

³ Soler, Sebastián. Derecho Argentino I, pág. 55, Buenos Aires, 1953.

En los países occidentales de Europa domina un principio distinto: el de la venganza pública. Los delitos se sancionan, con mucha severidad también, para mantener el orden y afianzar la seguridad pública, criterio imperante hasta el siglo XVIII, y que tiene, sino una justificación, por lo menos una explicación en la rudeza de las costumbres de la época medieval y moderna y en el enorme desarrollo de la criminalidad.

Las características esenciales del derecho penal en el periodo de la venganza pública son los siguientes:

a) Crueldad excesiva de las penas. Las penas de más frecuente aplicación eran la de muerte, acompañada de torturas; las corporales, en forma de mutilaciones, marcas y azotes; las infamantes, como la exposición en la picota; las pecuniarias, multas y principalmente confiscación total o parcial de bienes. Las penas privativas de la libertad, que actualmente constituyen el eje de la represión penal, adquieren preeminencia sólo a partir del siglo XVIII;

b) Falta de personalidad de las penas. Las penas trascendían a la familia del condenado y la responsabilidad criminal no se limitaba al hombre, sino que se hacía efectiva también en los animales y en las cosas inanimadas. Por otra parte, la responsabilidad no se extinguía con la muerte del reo; eran frecuentes los procesos seguidos a los cadáveres y las condenas en efígie;

c) Desigualdad ante la ley. Los nobles, los poderosos, las personas altamente colocadas en la sociedad gozaban de privilegios penales considerables: para ellos se reservaban las penas menos duras y menos infamantes, y cuando se les condenaba a pena corporal, se atenuaba la barbarie de su ejecución.

d) La instrucción del proceso era secreta y desconocidas las garantías procesales; se hacía frecuente unos del tormento como medio de arrancar confesiones;

e) Dominaba la más completa arbitrariedad judicial. Los jueces estaban facultados para incriminar hechos y aplicar penas no previstos por las leyes, y

f) Por último, el derecho penal, íntimamente ligado a la religión, castigaba con severidad actos de irreligiosidad que han desaparecido del campo penal, (herejía, apostasia, blasfemia, sacrilegio, ateísmo). La separación entre el derecho penal y la religión comienza con el Renacimiento y llega a su término en la Época de la Revolución Francesa. No quiere decir esto que entre el derecho penal y la religión exista un divorcio absoluto. Los códigos penales incluyen disposiciones que conciernen a la religión; pero son preceptos que tienden a garantizar las libertades de conciencia y de culto; es decir, a asegurar el respeto de la personalidad humana.

Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyectan hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el periodo de la venganza divina; se estima el delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

"Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aún cuando entre una y otra cosa mediara muy corto intervalo".⁴

En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo; esto no debe resultarnos extraño si atendemos a que los judíos han sido siempre eminentemente religiosos.

Tercera fase. Venganza Pública.

En esta época, al estructurarse el poder público sobre bases sólidas (desde luego, en torno a la figura del monarca), desafortunadamente la represión penal, que aspiraba sobre todo a mantener la paz y la tranquilidad social, se asentó sobre el terror y la intimidación. El Estado se organizó (progreso indudable para el nuevo sistema) y traspasó delegó mejor, a los

⁴ Villalobos. Op. cit., pág. 25.

jueces todo lo relativo a la aplicación imparcial de las penas. Se limitó de las penas; comenzaron los intentos por organizar el sistema probatorio y la pena se objetivizó e independizó tanto del que la determinaba como del que la ejecutaba. En esta fase aparecen las penas más crueles, las leyes se hacen más severas hasta extremos inconcebibles, castigándose como delitos diversos hechos sin gravedad alguna (magia, hechicería, etc.), la lucha contra la cada vez más abundante criminalidad se realiza mediante una violencia institucional creciente, y la misma pena de muerte, frecuentísima. Se acompaña de tormentos espeluznantes. La administración de justicia carece de independencia, se pliega a los caprichos de reyes y poderosos, y el fiel de la balanza se inclina siempre hacia el lado de los poderosos y en contra de los débiles. Ya que existía la más absoluta arbitrariedad de los jueces y tribunales que podían imponer penas no previstas en las leyes, e incluso castigar supuestos fácticos no penados por las mismas.⁵

A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada "venganza pública" o "concepción política"; los tribunales juzgan en nombre la colectividad. Para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas. Con justicia Cuello Calón afirma que en este periodo nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal Europeo hasta el siglo XVIII.⁶

No sólo en Europa imperó esta concepción, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, o por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En este periodo la humanidad, puntualiza Carrancá y Trujillo, aguzó su ingenio para evitar suplicios para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos ("oubliettes" de oublier, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos); la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el "pilori", rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que

⁵ Estipanan, S. Cirac. Los procesos de hechicerías en la Inquisición de Castilla la Nueva, Madrid, 1942.

⁶ Villalobos Op. cit., pág. 25.

se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hecho; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.⁷

Cuarta fase. Periodo Humanitario.

La revolución de las ideas (con sus tres etapas: Renacimiento, Reforma y Revolución Francesa) produjo en el derecho penal, como no podía menos que ocurrir, un movimiento de recreación. La Iglesia Católica había hecho benigna la penalidad durísima de los tiempos remotos. El papel del derecho penal católico fue de gran importancia por dos razones: a) porque hizo encarnar, mediante largos años de esfuerzo, la norma jurídica romana en la vida social de Occidente, y b) porque contribuyó en máxima medida a civilizar la brutal práctica germánica, adaptándose a la vida pública. Su influencia se inició en el propio Imperio Romano, con el reconocimiento de la religión cristiana por el Emperador Constantino (edicto de Milán dictado en el año 313 de la era cristiana), especialmente cuando adquirió el carácter de religión oficial y exclusiva con Teodosio.

El derecho penal canónico, de origen disciplinario, tuvo vigencia al llegar a la Edad Media, ya que su jurisdicción se extendió por razón de las personas y de la materia. La Iglesia ejerció su poder penal no sólo sobre los clérigos, sino también sobre los laicos, en relación con determinados delitos, aunque su ejecución material se hacía por el brazo secular.⁸

Con todo, es el llamado siglo de las Luces, es decir, el XVIII, el que con el "iluminismo" plasma esta corriente humanitaria. Precursores y pensadores de esta tendencia fueron Hobbes, Puffendorf, Spinoza, Locke, Wolf, Grocio, Bacon, Diderot, Voltaire, D'Alembert, Rousseau, Montesquieu, etc., pero el honor de su realización práctica corresponde a César Bonnessana, marqués de Beccaria.

Aparece en el libro de Bonnessana, titulado *Bei delitti e delle pene* (De los delitos y de las penas) con enorme repercusión, publicado en Livorno en 1764 e hizo suponer una valiente y enérgica denuncia del derecho penal reinante ("demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tanto ejemplos de fría atrocidad presente"). Combate la pena de muerte, las proscripciones, las confiscaciones, las penas infamantes, las torturas y el procedimiento inquisitivo, y se pronuncia por las garantías procesales del acusado, la legalidad de las penas y la atenuación de las mismas. La postura

⁷ Castellanos, Fernando. *Derecho Penal Mexicano*, 4a. edición, pág. 60. 1955.

⁸ ob. cit., pp. 65-66.

del marqués de Beccaria trascendió a los ordenamientos jurídicos positivos de diversos países, que acusaron esta humanización, representados, entre otros, por Catalina de Rusia, José II de Austria, Federico de Prusia y, en general, por estadistas de los grandes países europeos.⁹

No obstante, el punto clave de esta evolución de las ideas penales, donde se reflejó con mayor amplitud el pensamiento de Beccaria y sus ansias renovadoras, fue la Revolución Francesa de 1789, estableció principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales; después aparecieron los primeros códigos de la Revolución de 6 de octubre de 1791 y de 25 de octubre de 1795, que tuvieron efímera vigencia, y se llegó al código penal de 1810 (obligatorio a partir del 1o. de enero de 1811) que, aparte de la resenada influencia de Beccaria, se fundamentó en los principios del utilitarismo de Bentham y pretendió realizar la defensa social mediante la intimidación. Este ordenamiento, aún en vigor, si bien con modificaciones atenuantes de sus severas penalidades, transmitió su influencia a la normativa penal de muchas naciones.¹⁰

Al mismo tiempo que Beccaria en el continente europeo, John Howard en Gran Bretaña inició un movimiento de ámbito más reducido, pues se concretó al régimen carcelario pero de notable relevancia; además inspeccionó y describió los horrores de las prisiones británicas de su época. Al respecto, Howard escribió un libro titulado Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, en Londres en 1777, cuya primera edición fue traducida al francés en 1788. El autor viajó para conocer el problema carcelario en otros países y murió a consecuencia de padecer fiebre tifoidea, contraída al atender a un enfermo de Crimea, en la ciudad de Kherson, URSS, en 1790. La labor de Howard preparó la gran reforma penitenciaria y dio origen a la penología moderna.¹¹

En concepto de algunos autores, la reacción humanitaria contra los excesos de la justicia penal se inicia con el derecho canónico. Su influencia en los progresos del derecho penal es innegable. Desde luego, introdujo el derecho de asilo para limitar la venganza privada; en lo procesal rechazó las ordalias y el duelo judicial; por otra parte, incorporó el principio de la responsabilidad moral del delincuente, fundada en el libre albedrío, y asignó a la pena, puramente expiatoria hasta entonces, un fin de corrección y enmienda del penado, mediante su propio y espontáneo arrepentimiento.

⁹ Pessina, *Il Distrito Penale in Italia de Cesar Becaria fino alla promulgazione del Codice vigente*, Enciclopedia Pessina, Tomo II, Milán 1906, págs. 21 y sigtes.

¹⁰ Chauveau y Helie. *Theorie du Code penal*, 5a. ed., vol. I, París, 1872, págs. 21 y sigtes.

¹¹ A. Reviere y Howard Savvie, *Sonoauvre*, *Revue Penitentiaire*, 1981, págs. 661 y sigtes.

Pero la verdad, no obstante, es que las influencias que determinaron la transformación del derecho penal son más recientes: comenzaron con Hugo Grocio (1583-1645). Muchos filósofos y juristas abogaron después por la reforma penal. En Inglaterra, Hobbes (1588-1679) y Locke (1632-1704); en Holanda Spinoza (1632-1677); en Alemania, Pufendorf (m. en 1694); en Francia, los enciclopedistas Diderot, D'Alembert, Holbach, Helvetius, y particularmente, los filósofos Montesquieu, Voltaire y Rousseau. Pero el verdadero renovador del derecho penal es el italiano César Bonnesana, marqués de Beccaria (1738-1794), que en 1764 publicó su célebre obra "Disertación sobre los delitos y las penas", cuyo mérito radica en la claridad y valentía con que fustiga la barbarie de las prácticas penales imperantes, en franco contraste con los progresos culturales alcanzados en el siglo XVIII.

Inspirado en la filosofía racionalista dominante en su época sostiene que el derecho a castigar reconoce como límite la justicia y la utilidad social. Por consiguiente las penas no puede exceder, sin violar las leyes de la justicia, las estrictas necesidades de la defensa social. De ello la necesidad de mitigar la penalidad, Beccaria es enemigo del tormento, de la pena de muerte que sólo admite en casos muy calificados, de las corporales y de las infamantes. En su medida la pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito. El fin de la sanción no es martirizar al culpable, sin defender a la sociedad, evitando que los delincuentes reincidan y que los demás sigan su ejemplo, es decir, asigna a las penas finalidades correctivas y ejemplarizadoras; para el logro de estos objetivos proclama los principios de publicidad, certeza y prontitud de las penas. Como garantías de los ciudadanos frente a la justicia penal, propugna la legalidad de los delitos y de las penas, con lo cual se evita la arbitrariedad y la inseguridad de la personas; el juzgamiento de los delitos debe estar a cargo de los tribunales establecidos por la ley, como medio de evitar los abusos del poder; es preciso desterrar el secreto de los procesos; las leyes deben ser iguales para todos y el reo debe ser considerado culpable antes de la sentencia condenatoria. Como principio de política criminal, advierte que más importante que la representación es la prevención de los delitos.

Las ideas renovadoras de Beccaria sirvieron de base a la escuela penal clásica, y encontraron por primera vez expresión jurídica en el Código Penal Francés de 1791; años más tarde fueron difundidas por el Código de 1810.

Paralelamente al movimiento reformista iniciado por Beccaria, se desenvuelve en Europa otro movimiento de humanización de la justicia penal, aunque de menos amplitud, porque se refiere únicamente a la reforma

carcelaria. Lo inició el filántropo inglés John Howard (1726-1790). Siendo Sheriff del condado de Bedford, pudo Howard imponerse de las desastrosas condiciones en que se encontraban las prisiones de Inglaterra; extendió sus observaciones por toda Europa y en 1777 publicó su "Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales".

Los principios que, según Howard, deben servir de base a la reforma carcelaria son los siguientes: buen régimen higiénico y alimenticio; disciplina diferente para los procesados y los condenados; educación moral, religiosa y profesional; trabajo obligatorio de los reclusos y separación por sexos y por edades; régimen celular; acortamiento de las condenas, y otorgamiento de certificados de conducta a los reos al abandonar la prisión.

Las ideas de Howard, no obstante haber sido acogidas con mucha simpatía, no pudieron fructificar de inmediato en Europa, debido a la situación internacional de la época. La reforma carcelaria fue iniciada en los Estados Unidos, en donde las concepciones humanitarias del filántropo difundidas por Benjamín Franklin.

Digno es de observarse que Howard tuvo ilustres predecesores en España, entre ellos Tomás Cerdán de Tallada, que en 1574, más de dos siglos antes de la publicación del Estado de las prisiones escribió "Visita de la cárcel y de los presos de Valencia", obra en la cual defiende ideas similares a las contenidas en el libro Howard, siguiendo una tradición que inician las Partidas y que recoge más adelante la legislación castellana y la indiana.

Sostiene Cerdán de Tallada que los presos deben llevar una vida higiénica, separados por sexos y según su grado de moralidad -como medio, este último, de evitar el contagio carcelario- y ser sometidos a tratamientos diferentes, de acuerdo con la gravedad de sus delitos. Las Partidas habían dispuesto la separación entre hombres y mujeres, la libertad de los detenidos cuyas causas durasen más de dos años en su tramitación y el castigo de los carceleros que den malos tratos a los reclusos.

Estos principios sirvieron de base al primer reglamento carcelario chileno de que haya noticia: la instrucción para el Alcaide de la cárcel de Santiago, redacta en 1778, a petición de la Real Audiencia, por su Fiscal don Ambrosio Cerdán y Pontero. Aprobada por un auto acordado, se transcribió a todos los alcaldes de las cárceles del país.

Es una ley física que toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales.

La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con César Bonnesana marqués de Beccaria, aún cuando no debe desconocerse que también propugnaron por este movimiento Montesquieu, D'Alembert, Voltaire, Rousseau y muchos más.

Fue designado por el destino y por algunos amigos suyos de la revista "Il Caffè" el joven Bonnesana, marqués de Beccaria. Su síntesis admirable vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor; pronto se habían agotado 32 ediciones, con traducción a 22 idiomas diferentes. En este libro titulado *Dei Delitti e delle pene*, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas, se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se propone la certeza, contra las actividades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el provenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración.¹²

De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

- a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.
- b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por la leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.
- c) Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles nunca deben ser atroces.
- d) Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley.

¹² Villalobos (Op. cit., págs. 28 y sigtes.)

e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; y

f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no lo autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle.

Al marqués de Beccaria, se le considera por algunos como el iniciador de la Escuela Clásica. Estima Florián que Beccaria no es su fundador por ser superior a las Escuelas; pero es el apóstol del Derecho Penal renovado el cual inauguró la era humanista y romántica, con espíritu más filantrópico que científico.

2. Historia del Derecho Penal.

Antiguo Oriente.- El carácter religioso de las primeras reacciones punitivas es indudable (la historia de los pueblos del Antiguo Oriente así lo acredita); muy frecuentemente el castigo consistía en inmolar para los dioses al infractor de la norma, al fin de aplacar su enojo. El autoritarismo teocrático - político caracterizó a los periodos antiguos durante los cuales los reyes y emperadores tenían carácter divino.

En aquellas épocas no existían códigos penales como hoy día se conocen, ni aún en periodos anteriores (ya cercanos al actual) se encuentran cuerpos de leyes especializados. Al principio, el precepto civil estaba inhibido, plasmado en los mandatos religiosos, luego, durante las eras históricas, las leyes formaron colecciones generales. Así sólo en el siglo XIX se realiza la codificación de las ramas jurídicas según su especialidad. Desde luego el antiguo Oriente pertenece a la primera etapa.¹³

La excepción a ese sentido religioso se encuentra en el Código de Hammurabi, el más antiguo de Oriente, que reinó en Babilonia aproximadamente unos 2300 años antes del nacimiento de Cristo. El conocimiento de ese cuerpo de leyes se atribuye a Winckler, especialista alemán en estudios sobre Asiria, quien descifró y tradujo al alemán el original babilónico escrito en caracteres cuneiformes.¹⁴

¹³ Jiménez de Asúa. Op. cit., pág. 267

¹⁴ Manzini. "El diritto penale nella piu antica legge conosciuta", en Rivista Penale, 1903, págs. 662 y ss. traducción al español en la obra de Manzini, Paleontología Criminal, Madrid, sin fecha); Manzini, Trattato di Diritto Penale Italiano. secondo il Codice del 1930, Turin, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1933, Tomo I. págs. 48 y ss.

Cuello Calón, señala que lo extraordinario de ese conjunto de leyes en su apartamiento de los conceptos religiosos, así como su aguda y finísima distinción entre los hechos realizados voluntariamente y los ejecutados por imprudencia; la venganza es casi desconocida, pero el talión tiene un amplísimo desarrollo y llega a extremos inconcebibles. Al respecto, hubo disposiciones como la siguiente (será muerto el hijo del que matare a otro aún cuando fuera involuntariamente), (si alguien hace saltar un ojo a otro, perderá el suyo), etc.

En cuanto a Israel, su derecho penal está contenido principalmente en los primeros cinco libros del antiguo testamento, atribuidos a Moisés y denominando Pentateuco. Esta legislación penal tiene un profundo sentido religioso; así, el derecho a castigar dimana del poder divino, el delito es una ofensa a Dios, y el perdón a Él se ruega mediante sacrificio, sacrificio de carácter expiatorio; la pena tiene un fin de contricción, de intimidación, y su medida es el talión.¹⁵

El derecho chino está imbuido de carácter sagrado y las personas terrenales eran seguidas de castigados de ultratumba. El primitivo derecho de China está contenido en el Libro de las cinco penas. Tales penas eran las siguientes: amputación de la nariz, amputación de las orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisión en los ojos y muerte, penas que al parecer proceden de los Miao, que pasan por ser los inventores de las mismas.¹⁶

En la primera época gobernó el mítico Emperador Seinu y predominó la venganza y el talión. Surgieron después el Código de Hia (año 2205 antes de Cristo) y el Código de Chong redactado por Lin (año 1783 antes de Cristo). En definitiva la primera etapa del Derecho chino está constituido por la larga vigencia de Libro de las cinco penas.

En la segunda época se añadieron otras penas, como la ceguera y la tonsura. En esta época se establecieron disposiciones que hacían menos cruel el derecho penal chino; así, se ordenó tener en cuenta los móviles del delito. Se favoreció a quien delataba una conjura, se mandó cuidar a los delincuentes sobre los que se habían ejecutado una pena (fundamentalmente de orden mutiladora) y se admitieron diversas excusas absolutorias por hechos juzgadores como no intencionales (por ejemplo los cometidos por miedo a un hombre poderoso, por venganza o retribución de un favor, por presión a causa de mujeres, afición al dinero, etc.).¹⁷

¹⁵ Cuello Calón, Op. cit., pág. 68.

¹⁶ Escarra, Introducción al Code penal de la République de China, París, Giard, 1930.

¹⁷ Jiménez de Asía, op. cit., págs. 268 y 269.

El derecho egipcio, contenido en los llamados Libros Sagrados, también estaba impregnado de sentido religioso: el delito era una ofensa a los dioses, los sacerdotes imponían las penas más crueles por delegación divina y para calmar a las divinidades, el signo de la justicia era la pluma de avestruz, estaba prohibida la muerte de los animales sagrados, (como el buey Apis., cocodrilos, gatos, halcones, etc.)¹⁸

Los actos contra los faraones y sus familiares eran considerados, al igual que el perjurio y el homicidio, como delitos de esa divinidad. Tenían aplicación el talión simbólico: al espía se le cortaba la lengua, al esturador los órganos genitales, a la adúltera la nariz, etc.

En la India, su más antigua legislación se encuentra contenida en el Código o Libro de Manú (Manava - Dharma - Sastra) de fecha no fijada con exactitud, para uno de los siglos XIII al XII antes de Cristo, para otros del siglo XI antes de Cristo y para algunos otros del siglo V antes de Cristo. Sea lo que fuere, lo cierto es que el Código de Manú es el más completo en materia penal del Antiguo Oriente.¹⁹

El Código de Manú tiene una rara perfección técnica para su época, cualquiera que sea su cronología exacta; la penalidad es de una idealidad muy elevada: el reo, cumplidor de su condena, subía al cielo tan limpio de culpa como el mejor de los justos. En dicho código se estableció la diferencia entre imprudencia, caso fortuito y las causas y motivaciones de los delincuentes. Desafortunadamente en la práctica, tanto perfección jurídica se vio entorpecida, cuando no definitivamente frustrada, por la división en castas y prejuicios religiosos.

Derecho Penal Griego.- Las noticias de éste derecho son fragmentarias, imprecisas y frecuentemente escasas; sin embargo, cabe distinguir tres épocas: la legendaria, la religiosa y la histórica.

En la legendaria predominó la venganza privada, que no se limitaba al delincuente, sino que se extendía a toda su familia.

En la religiosa, el estado imponía las penas, pero actuaba como delegado de Júpiter: el que cometía un delito debía purificarse, y los conceptos de religión y patria se identificaban. Se trata de una etapa intermedia.

¹⁸ Thot, Ladislao. Estudios históricos del derecho penal oriental; Historia del derecho penal egipcio, armenio, afgano y tibetano, La Plata 1932.

¹⁹ Leyes de Manú, versión al español de V. García Calderón, París; Garnier Hnos., Libro VIII (Jueces y leyes civiles y penales), págs. 227 y sigtes. de la Española.

En la histórica, ya la pena se basa no en un fundamento religioso, sino en una cimentación moral y civil.

Con todo, conviene precisar que tales periodos no se presentan como perfectamente determinados, sino que los conceptos nuevos se mezclan con los antiguos, que todavía subsisten.²⁰

Sin embargo, la evolución más significativa, como muy bien señala Glotz, es la que se produce en orden a la responsabilidad, que en el transcurrir de varios siglos pasa de ser colectiva (genos) a decantarse individualmente. Es cierto que aún en las épocas más antiguas, el derecho griego sólo castigó al autor del delito (tratándose de delitos comunes), pero en los delitos de tipo religioso o político se dieron, durante mucho tiempo, sanciones de carácter colectivo: los infractores eran expulsados de la paz atimia desapareció en el siglo IV antes de Cristo y en el siglo V, el llamado siglo de Pericles, terminó el castigo capital, y de esta forma se obtuvo el carácter individual de las penas.²¹

Como se sabe, no puede hablarse propiamente de un derecho griego unificado, pues Grecia estaba dividida en ciudades estados y cada una de ellas tenía su ordenamiento. Los más notables fueron los siguientes:

Esparta con la legendaria figura de Licurgo (desde mediados del siglo IX o quizá del siglo VIII antes de Cristo), cuyas leyes estaban imbuidas de espíritu heroico, de sentido universalista, de disciplina castrense; se castigaba al soldado cobarde en el combate, se azotaba a los jóvenes afeminados, quedaba impune el hurto de alimentos, realizado diestramente por adolescentes, se penalizaba a los célibes y, debido a ello se ordenaba dar muerte a los niños deformes (antecedente remoto de la eugenesia).

Atenas, obra de Dracón (siglo VII antes de Cristo) y después de Solón (siglo VI antes de Cristo). Las leyes penales de Atenas, desde luego las más importantes de Grecia, no se inspiraban en ideas religiosas, sino que en ellas predominaba el concepto de Estado. La pena se basaba en la venganza y la intimidación, y los delitos se distinguían por ser contra los derechos de la comunidad o contra los derechos individuales; aquellos se penaban muy severamente, y éstos con mayor suavidad; el catálogo de delitos no era cerrado, y los jueces podían castigar los hechos no previstos en las leyes, atendiendo a la equidad. Dracón fue muy severo y a todos los actos delictivos

²⁰ Alejandro Levi y Pedro Picaluga, *Delito y pena en el pensamiento de los griegos*, Turín, 1934, págs. 227 y 228.

²¹ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, 275; Glotz, *La solidarité de la famille dans le Droit criminel en Grèce*, Paris, 1904.

los castigaba con la pena de muerte. A su vez, Solón comenzó a abolir las leyes Draconianas excepto en lo referente al homicidio. Lo cierto es que, a partir de Solón se acabó con las leyes inhumanas vigentes en todo el viejo oriente, y llegaron a no diferenciarse según la calidad de las personas.

Otras leyes penales interesantes fueron las de Locris, debidas a Zolenco; Catania, redactadas por Carondas en el siglo VII antes de Cristo, y la de Crotyna, en el siglo VI, segunda mitad, o V, primera mitad, antes de Cristo.²²

Todo lo expuesto justifica la frase de Thonissen²³ de que las leyes griegas constituyeron la etapa de transición entre las legislaciones de Oriente y Occidente.

Derecho Penal Romano.- Como se sabe, el derecho romano es una formación milenaria: abarca desde el año 753 antes de Cristo, cuando se funda Roma, hasta el año 554 después de Cristo, en que culmina con los últimos textos del Emperador Justiniano. Ese periodo de 1300 años ha sido dividido, de acuerdo con la estructura sociopolítica del país, en tres partes: la Monarquía hasta el año 510 antes de Cristo; la República que comprende cinco siglos hasta el año 31 antes de Cristo, y el Imperio con más o menos el mismo espacio de tiempo de la fase republicana y que termina en el año 553 después de Cristo. El periodo Imperial podría desglosarse, a su vez, en dos épocas: la pagana, hasta el año 331 después de Cristo, y la Cristiana, desde esa fecha hasta el final del Imperio.²⁴

Una vez expuestos estos someros antecedentes históricos, enseguida se examinará en una forma resumida su evolución penal. Para ello, siguiendo al Maestro Franz von Liszt,²⁵ adaptaremos fases en su desarrollo:

a) Primitivo derecho romano (hasta el siglo VII de la ciudad)

La característica fundamental del primitivo derecho romano es el sentido público con que se consideran el delito y la pena. Aquél era la violación de las leyes públicas, en tanto que está la reacción pública contra el delito. Teodoro Mommsen señala, no obstante, que todavía existen en ésta época numerosas huellas de carácter sagrado del derecho penal, pero acaba de

²² Jiménez de Asúa, op. cit., 276; Plutarco, *Les vies des hommes illustres*, traducción al español de Ricard, Paris, E. Didot, 1838, Tomo I, pág 143 (Solón, XXII).

²³ Thonissen. *Etude sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, vol. I, pág. 276.

²⁴ Jiménez de Asúa, op. cit., págs. 280.

²⁵ Franz von Liszt, op. cit., págs. 30 y 31, tomo I.

consagrarse la separación entre derecho y religión y se consigue el triunfo de la pena pública.²⁶

Los crímenes justiciables contra los bienes jurídicos de la comunidad y de los particulares se agrupan en dos conceptos de delito preduellio y parricidium. La preduellio era la guerra mala, injusta, perversa, contra la propia patria; es decir, la traición, en tanto que el parricidium era la muerte del jefe de la familia (el pater familiae). La primera constituye el punto de partida del desenvolvimiento de los delitos políticos, y el segundo origina el núcleo del grupo de los comunes. Justamente la diferencia esencial entre el derecho romano y el derecho germánico reside en que el homicidio, acepción posterior y extensiva del parricidium a partir de la Lex de Numa, era considerado como infracción al orden público jurídico, en vez de confiar su castigo a la voluntad privada de los familiares de la víctima. Además de los dos casos comentados, se penaban públicamente (con sanción pública): el incendio, el falso testimonio, el cohecho del juez, la difamación, las reuniones nocturnas y la hechicería. Con el número e importancia de esta clase de delitos, castigados con pena pública, crece y se solidifica la construcción estatal del derecho penal, de un lado por la gravedad de las penas legalmente impuestas a los delitos (abundan las de muerte) y de otro por la progresiva organización del procedimiento penal.²⁷

Con la caída de la monarquía, en el primer periodo de la historia jurídica de la República se impone la Ley de las XII Tablas (en los años 451-433 antes de Cristo), cuyo contenido comprende normas de diversa naturaleza, específicamente las de derecho penal en las tablas VII a XII. En ellas se establece una precisa determinación de los delitos privados, fuera de los cuales no se admite la venganza privada.

Así se afirma con esto la ley del Talió. Aunque con esto se trata de una legislación ruda y primitiva, las XII Tablas tienen la singular relevancia de inspirarse en la igualdad social y política, quedando excluida del ámbito del derecho penal toda distinción de clases sociales. Como dice el magistral Jiménez de Asúa, la historia del derecho penal romano es un combate por la libertad. El poder penal del monarca y de los senadores, y después de los magistrados, que la principio era jurídicamente ilimitado se constriñe y determina con el advenimiento de la República. La Lex Valeria, dictada 500 años antes de Cristo, ya supuso un arma de lucha por la libertad civil.

²⁶ Jiménez de Asúa, op. cit., págs. 280; Teodoro Mommsen, Romisches strafrecht, Leipzig, (traducción al español del profesor Dorado Montero, Derecho Penal Romano, Madrid, España Moderna sin fecha y privada de sus notas); por ello, es preferible la traducción al francés de Duguesne, tres volúmenes, como el original alemán, Le Droit penal romain, París 1907.

²⁷ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 281.

La muerte ya no es el castigo imperante, como en las XII Tablas y puede ser evitada con la provocatio o con el exilio voluntario, y en los últimos años de la República (con el espíritu democrático), de hecho queda abolida. Con el paso del tiempo, todas las penas, por lo menos las más graves, se someten a la provocatio, que para las penas capitales se dirigía a los comicios centuriados, y para las multas a los comicios tributarios. En la etapa histórica, la pena de los delitos privados no es nunca afflictiva, sino siempre pecuniaria. La práctica penal ha tomado así un carácter eminentemente político.²⁸

b) Afirmación definitiva del derecho penal público (época de las quaestiones).

Precisamente esa cualidad de tipo político es el origen del renacimiento del derecho penal romano. En el año 605 de la era romana (149 años antes de Cristo) apareció en la vida pública una innovación, de poca significación al principio, pero con múltiples consecuencias en el orden jurídico y político. Las quejas de las provincias contra sus gobernantes (quejas hasta entonces conocidas por la justicia senatorial de los recuperadores), sobre la restitución de lo expoliado a los súbditos, por la voracidad de éstos, originaron que, en virtud de la Lex Calpurnia de Repetundis, pasaran al conocimiento de una comisión permanente del Senado, bajo la presidencia de un Pretor, estableciendo la primera questio perpetua, que tenía como objetivo juzgar el crimen repetundarum, o sea, las exacciones ilegales cometidas por los magistrados del gobierno de las provincias.

Sin embargo, la Lex Sempronia del año 631 de Roma (123 años antes de Cristo) confirió a la comisión permanente no sólo el juzgar sobre la devolución de lo expoliado, sino también la facultad de imponer penas. de esta manera, el procedimiento de las quaestiones llegó a ser con Cayo Graco, penal, que por gran número de leyes posteriores se extiende a otras clases de delito, singularmente de tipo político.

Definitivamente, en los años 672 al 674 de la era romana 82 a 80 años antes de Cristo), mediante la Ley de Sila, se realiza la forma del derecho penal propiamente dicha. El procedimiento de las quaestiones hasta esa fecha arma política más que jurídica, se transforma en instrumento de renovación. Con la promulgación de las Leges Cornelianas, Sila hace aumentar el número de las quaestiones existentes confiere su jurisdicción nuevamente a los senadores y amplía el procedimiento de las quaestiones a los delitos comunes. Las Leges Julia, dictadas por César Augusto, concluyen provisionalmente este ciclo, con la creación de un orden judicial público unitario.

²⁸ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 281.

Debido a ello, junto a los delitos privados, precisamente considerados en esa época por el edicto pretorio que el ofendido perseguía, ante la jurisdicción civil, con demanda de imposición de multas, aparece un nuevo grupo de delitos: los crimina pública (legítima ordinaria), regidos por leyes particulares, las cuales establecen el tipo delictivo y la poena legítima (en su mayor parte interdicción, en cuyo caso se regula el procedimiento). Así, pertenecen a los crimina pública, entre otros, los deberes de funcionarios públicos (origen de la reforma) fraudes en el desempeño de sus funciones, alta traición (que desplaza a la antigua preduellio), secuestros de personas (plagium), lesiones corporales, allanamientos de morada, etc. Finalmente, son contemplados también por la legislación romana los delitos de sensualidad, sometidos al poder penal del Estado mediante la Lex Julia de adulterius (promulgada en el año 736 de Roma, 18 años antes de Cristo), como adulterio, violación proxenetismo y matrimonio incestuoso).

Un grupo intermedio y autónomo lo constituyen las acciones populares (como interdictos, querellas pretorias y edilicias, denuncias referentes a las colonias y municipios), cuyo ejercicio correspondía a todo el pueblo, pero sólo conllevaban la imposición de una multa - indemnización.²⁹

c) La cognitio extra ordinem (época del Imperio)

La caída del antiguo ordojudiciorum publicorum, al final del siglo II de la era cristiana, dejó, al menos de momento, intacto el derecho penal material sustantivo. Así, subsistió, en forma especial, la oposición entre los crimina pública y los delicta privata.

Muy pronto aparecieron las consecuencias de este fortalecimiento del poder único del Estado en el campo del derecho penal: cuanto más avanzada la persecución de oficio (pública) de los delitos, más retrocedía el ámbito de los delitos privados. Al principio del Imperio de Augusto se iniciaron los judicia pública extra ordinem: los órganos estatales manejaban el proceso desde su comienzo hasta el final, los delitos privados se sometieron a dicho procedimiento.

En esta época imperial surge el nuevo y extenso grupo de los crimina extraordinaria, de gran importancia para el ulterior desarrollo del derecho penal; es un grado intermedio entre el crimen publicum y el delictum privatum, pero con mayor similitud con aquél que éste. Su origen reside no en resoluciones populares, sino en disposiciones de los emperadores y decisiones del Senado, o en la práctica de la interpretación jurídica. Su lógica

²⁹ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 282.

consecuencia no es la inmutable poena ordinaria sino una pena adaptada por el libre arbitrio judicial a la importancia del caso concreto: al lesionado corresponde la denuncia, pero juzgan de ella los titulares de la jurisdicción penal.³⁰

Cabe señalar, con claridad, que en este dilatado periodo se atrofia el procedimiento de las quaestiones y con esa su retirada desaparece el principio legalista, con lo que se abre paso a la analogía.³¹ La pena se recrudece durante el Imperio y la muerte, abolida de hecho en la última etapa republicana, reaparece con los emperadores (al principio del Imperio se imponía solo a los parricidas, y después de Adriano se amplió a los delitos más graves). En esta época se añade a la función intimidante de la pena, por algunos jurisconsultos romanos, el objetivo de enmienda o corrección. Así, Paulo expresa: poena constituir in emedationem hominum, (Digesto 48, 19, 20) pero la enmienda tuvo mayor contenido teórico que práctico.³²

En resumen, pueden señalarse como características relevantes del derecho penal romano, entre otras, las siguientes:

- a) El delito fue ofensa pública, aún tratándose de los delicta privata.
- b) La pena constituyó una reacción pública en razón de la ofensa, correspondiendo al Estado su aplicación.
- c) Los crimina extraordinaria, integradores de una especie de infracciones distinta de los delitos públicos y privados, se persiguieron sólo a instancia del perjudicado.
- d) Desconocimiento total del principio de legalidad, dando lugar a la aplicación analógica, y en algunos casos al exceso de la potestad de los jueces.
- e) Diversificación de los delitos dolosos y de los culposos.
- f) Reconocimiento, aún cuando en forma excepcional, de las eximentes de legítima defensa y estado de necesidad. El consentimiento del ofendido se reconoció, igualmente por vía de excepción, como causa de exclusión de la antijuridicidad (siempre tratándose de bienes disponibles y referentes a los delicta privata).

³⁰ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 283.

³¹ Giuliano Vasalli, Nullum crimen sine lege (extracto de la Giurisprudenza italiana, vol. XCI-1919); Turin Utet, 1939., págs. 19-26.

³² Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 284.

En relación con el procedimiento, se adoptó el sistema acusatorio, con independencia o autonomía de personalidad entre el acusador y el magistrado, estableciéndose el derecho del acusado para defenderse por sí o mediante otra persona.³³

DERECHO PENAL GERMANICO

En este derecho, la concepción del ius es el orden de paz, se hallan como instituciones fundamentales la venganza de la sangre, (Blautrache) y la pérdida de la paz (Friedlosigkeit).

Las fuentes del derecho penal germánico son: las antiquísimas leyes germánicas, recopiladas y traducidas al latín con la denominación de *leges barbarorum*, las leyes romanas dictadas por los reyes germanos (tras la caída del Imperio Romano de Occidente, en el año 456 después de Cristo) y las capitulares de los reyes francos. También constituyen fuentes de gran interés, en el examen del derecho germánico, las leyes germánicas de los países escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia).³⁴

Si los hechos sólo ofendían a un individuo o a una familia, daban lugar -a favor de éstos- a un derecho de venganza, que en ciertos casos, se convertía en un deber, más que en un derecho; el ofendido y su familia se vengaban del ofensor y de la suya, ocasionando auténticos estados de guerra entre las familias. En cambio, si los delitos afectaban a los intereses de la comunidad, daban lugar a la pérdida de la paz para el ofensor, quien quedaba en una peligrosísima situación de carencia absoluta de protección jurídica y era considerado como enemigo del pueblo, de suerte que el culpable podía ser muerto por cualquiera.³⁵

Von Hippel señala que el derecho germánico estaba libre de influencias religiosas; además, destaca al carácter privado, incluso en sus formas penales primitivas, pero resulta evidente (y ellos se deriva de la citada exposición de Franz Von Liszt, recogida en páginas anteriores) que el derecho punitivo germánico no consiguió librarse totalmente de la confusión entre el

³³ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 284.

³⁴ Cuello Calón, op. cit., pág. 72; Wilda, *Das Strafrecht Germanen*, Halle, 1842, págs. 7 y sigtes; Del Giudice, *Diritto Penale Germanico rispetto all'Italia*, en *Enciclopedia de Pessina*, Tomo I, págs. 437 y sigtes.

³⁵ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 286; Cuello Calón, op. cit. p. 72.

"mandato de Dios y el estatuto de los hombre", aún cuando el elemento sacro religioso no estuviese tan claro y manifiesto como en el derecho romano.³⁶

Con los enfrentamientos que se dieron entre los romanos y los extranjeros y bárbaros, en el campo específico del derecho, el invasor fue modificado su derecho, su existencia y comportamiento social. Por lo cual el derecho romano tuvo influencia de los mismos en cuanto al ordenamiento jurídico.

Tras la invasión, el derecho penal germánico acusó un creciente poder del Estado: la autoridad pública afirmó y tendió a constreñir la venganza (la faida). En los tiempos primitivos, conceder la paz era facultad del ofendido, pero ulteriormente comenzó a ser obligatorio y las condiciones fueron fijadas por el juez - rey, en cuyo caso el poder político castigaba a quien no respetara la paz. En cuanto a la cantidad a pagar por el daño delictual, convenida antes entre las partes, se fijó luego por la costumbre para todas las ofensas. De esta manera, la venganza de sangre fue sustituida por la composición.³⁷ Así pues, la composición consistía en el pago de una suma de dinero o en la entrega de objetos de valor.³⁸

Las composiciones judiciales eran de tres clases (hubo también composiciones privadas, pero esta fase fue superada): el Wergeld, respecto de la cual los autores no están muy de acuerdo, pero que parece consistía en la cantidad que, en concepto de reparación pecuniaria, se pagaba por el delincuente y su familia al ofendido o a sus familiares (actualmente indemnización civil de los daños del delito); la Busse, cantidad pagada, por concepto de pena, al ofendido o a sus parientes, noción distinta del Wergeld, que es puro resarcimiento privado, y el Friedegeld (Fredus o Fredum), cantidad que, como compra de la paz, se pagaba al común (a la comunidad) en calidad de intermediario en el convenio reconciliatorio.³⁹

Por lo que respecta a la naturaleza de la pena pública, tenía como fin la venganza, misma que fue desplazándose muy lentamente hasta que resultó intimidante.

La traición, la desertión, la rebelión, etc., se consideraban como delitos públicos, y al igual que en otros pueblos, el derecho germánico poco a poco, algunos dejaron de ser privados, para convertirse en públicos.

³⁶ Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, Berlín, Springer, 1925, págs. 40-100.

³⁷ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pág. 287.

³⁸ Del Giudice, *Diritto Penale Germanico rispetto all'Italia*, en *Enciclopedia de Pessina*, tomo I, pág. 441.

³⁹ Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, págs. 224 y sigtes; Del Giudice, *op. cit.*, pág. 443.

Sólo en tiempos muy posteriores se distinguió en cuanto a la suma a pagar por composición, si el acto se había ejecutado intencionalmente o por simple negligencia.

En cuanto a la forma de manifestación del delito, en el derecho germánico, dado que, como se ha visto, donde no hay daño no puede haber pena, no es posible encontrar reglas generales sobre la tentativa (desconocida también en el Derecho Romano), que, sólo por excepcionalidad y en algunos actos que, según la intención del agente, iban dirigidos a determinada lesión, cuando implicaban algún otro daño y con el carácter de delitos por sí mismos.⁴⁰

DERECHO PENAL CANONICO

El derecho penal canónico tuvo gran influencia en el Imperio Romano, con el reconocimiento de la religión cristiana por el Emperador Constantino (edicto de Milán en el año 313 de la era cristiana), especialmente cuando adquirió el carácter oficial y exclusiva con Teodosio. Asimismo se considera de gran importancia porque durante largos años de esfuerzo, contribuyó en gran medida a civilizar la brutal práctica germánica, adaptándose a la vida pública.

El derecho penal canónico, de origen disciplinario, tuvo vigencia al llegar a la Edad Media, ya que su jurisdicción se extendió por razón de las personas y de la materia. La Iglesia ejerció su poder penal no sólo sobre los clérigos, sino también sobre los laicos, en relación con determinados delitos, aunque su ejecución material se hacía por el brazo secular.⁴¹

Sus fuentes principales son las siguientes:

- a) Los libros penitenciales, que incluso fueron condenados por varios concilios,
- b) El Concilio Cabilonense, reunido en Chalons en el año 813, que establecía que las penas se impondrían según los antiguos cánones, o atendiéndose a las Sagradas Escrituras o a las costumbres, pero no por los famosos libros penitenciales, a los que se tacha de apócrifos,
- c) Las ordenanzas para asegurar la paz de Dios,
- d) Las capitulares carolingias, y

⁴⁰ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 288.

⁴¹ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 289.

e) Los sínodos papales.

A alcanzó un gran auge el derecho canónico con los Papas Concilio Vaticano II. Lo referente a los delitos y a las penas en general se encuentra ubicado en el libro VI, parte I, y las penas para cada delito se hallan en la parte II del propio libro (cánones 1311 al 1299).

La legislación canónica dividió los delitos en:

- a) delicta eclesiástica,
- b) delitos contra la fe católica, de exclusiva competencia de los Tribunales de la Iglesia;
- c) delicta secularia, solo interesantes para la sociedad civil, de competencia de los Tribunales Seculares;
- d) delicta mixta sirve mixtifori, ofensores del orden religioso y civil.

Por lo que respecta a la tentativa en cuanto forma imperfecta del delito, era conocida por el *ius canonici*, pero se penalizaba sólo en casos concretos y no como regla general, pero se penalizaba sólo en casos concretos y no como regla general. Gregorio VII (1073-1085), Alejandro III (1159-1181) e Inocencio III (1198-1216).

Empero, hasta el final del siglo XIV, no se promulgó El *Corpus Iuris Canonici*, que contenía las llamadas decretales, comprensivas del decreto de Graciano (de 1140), las decretales de Gregorio IX (1232), la *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (1298), Las constituciones clementinas de Clemente V (1313), Las extravagantes de Juan XXII y las extravagantes comunes.⁴²

En 1904, por iniciativa de Pío X se comenzó la tarea recopiladora de las leyes eclesiásticas para actualizarlas. Así, quedó constituido un *Codex Iuris Canonici*, con la contribución de todos los obispos del orbe católico, cuya redacción se debe fundamentalmente al cardenal Gasparri, y su promulgación la realizó el Pontífice Benedicto XV en 1917 (*Roma Typis Poliglottis Vaticanis*, 1919). Para Enrique Ferri, sus normas concuerdan con las propuestas de la escuela positiva y con su proyecto de código penal italiano de 1921.⁴³

⁴² Schiappoli, *Diritto penale canonico*, en *Enciclopedia de Pessina*, tomo I, págs. 638 y sigtes.

⁴³ Ferri, Enrique, *Principii di Diritto Criminale*, Turin, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1928, pág. 17, nota.

A fines de 1983 Juan Pablo II promulgó el nuevo Código de derecho Canónico, el cual traslada a la legislación positiva de la Iglesia Católica algunas directrices del Concilio Vaticano II. Por lo que se refiere a los delitos y a las penas para cada delito, encontrándose en la parte II del propio libro (cánones 1311 al 1299).

Por lo menos en los preceptos escritos, debe reconocerse que en cuanto a la pena, el derecho canónico, contribuyó a humanizar la represión que existía, al proclamar que la persecución del delito es deber y correlativo derecho del príncipe y del magistrado, combatiendo la venganza de sangre. En su epístola a los romanos, San Pablo decía que el cristianismo "condena la venganza privada" y "pone la espada de la justicia en manos de la autoridad". El derecho canónico se opuso a la atrocidad de las penas y a las ordalias (duelos judiciales, juicios de Dios, etc.). Cabe destacar las instituciones mediante las cuales se sustrajo a muchos delincuentes de la venganza de los particulares como la tregua o paz de Dios y el derecho de asilo.^{44y45}

Finalmente, las ulteriores etapas del derecho penal canónico evolucionaron hacia una mayor severidad, a veces en cubierta y poco a poco cedieron paso al espíritu de los tiempos, confiando al poder civil la ejecución de las penas más atroces, que incluso se extendían a los descendientes, a los allegados y a los conciudadanos del delincuente. Los tribunales eclesiásticos no aplicaban la pena de muerte, de suerte que los reos de dicha pena eran entregados para la ejecución de la misma al llamado brazo secular.⁴⁶

Como la pena (penitencia) debía promover el arrepentimiento del reo y la contrición se manifiesta, en primer lugar, por la confesión del mal realizado, el proceso tenía carácter inquisitivo (de ahí el nombre de Inquisición) y siempre exigía, dada su naturaleza inquisitorial, que el acusado confesase (además, para tranquilizar la conciencia del juez), considerándose la confesión como la reina de las pruebas. Lógicamente, derivada de éste carácter esencial de la confesión, para conseguirla se empleaba la tortura, que condujo a la justicia penal a grandes excesos y arbitrariedades, que tuvieron su continuación, por lo menos en parte, en los estatutos comunales y en las leyes de las grandes comarcas, que dieron lugar al movimiento de protesta, tan oportuna y magistralmente recogida por César Beccaria.⁴⁷

⁴⁴ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 291.

⁴⁵ Quintano Ripolles. Asilo, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Editorial Seix, tomo III; 1951, págs. 49 y sigtes.

⁴⁶ Padre Jerónimo Montes. El crimen de herejía (Derecho penal canónico), Madrid, Samper, 1919, págs. 331 y 332.

⁴⁷ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 292.

Por último conviene aclarar que no debe confundirse el concepto de pena, tal como se halla determinado por los principios de la Iglesia y el espíritu de la religión, con lo que es su organización en el derecho canónico, ya que sus propios elaboradores no han podido librarse del aparato jurídico, que es elemento extrínseco al espíritu y al pensamiento animador de la Iglesia.⁴⁸

DERECHO PENAL COMUN EN LOS PAISES EUROPEOS

El fundamento de las legislaciones penales europeas (durante la Edad Media, con la ruptura de la armonía jurídico - cultural del Imperio Romano a la caída de éste) constituido, como la vida toda, por una mezcla de elementos muy distintos: romanos, bárbaros (germánicos) y canónicos. Tales elementos no permanecen separados, cada uno con su concreta esfera de influencia, sino que se entremezclan (agitándose en el derecho de Europa, según frase del insigne Jiménez de Asúa), dando lugar a un periodo de transformación, de inestabilidad, de elementos viejos y nuevos, que tiene como principal característica esa mencionada inestabilidad y una clara falta de homogeneidad y de consistencia, periodo transformativo que se extiende a las distintas legislaciones nacionales de cada país y se prolonga hasta los tiempos modernos.

Precisamente a dichos tiempos de mezclas y fusiones de los elementos citados pertenecen en Italia sus numerosos estatutos municipales (especialmente en el norte del país) y las constituciones regni siculi (anteriores al siglo XIII en el sur). En Francia, el grand coutumier de Carlos VI (en 1453), las ordenanzas criminales de Francisco I (en 1539) y la ordonnance criminelle o code criminel de Luis XIV (en agosto de 1670), hasta desembocar en el derecho penal de la Revolución, códigos penales de 1791 y 1795 que consagran garantías individuales, con su correspondiente cortejo de principios penales sustantivos y procesales, que ulteriormente han pasado a los ordenamientos penales materiales y procesales de diversos países. Dicho avance quedó establecido en el código penal de 1810, el cual contiene amplias modificaciones y hasta el momento sigue vigente, mismo que ha servido de modelo a los de otras naciones.

En Gran Bretaña, el movimiento penal manifestó su evolución por medio de una gran cantidad de estatutos que se sucedieron ininterrumpidamente desde tiempos remotos y que constituyen la base del

⁴⁸ Cuello Calón, op. cit., pág. 76.

derecho consuetudinario (Common Law), que rige un nuestro tiempo, cuya evolución penitenciaria pertenece a la época presente.⁴⁹

En Alemania, son conocidos los espéculos (espejos) de Sajonia (hacia 1230) y se Suabia (en 1274 - 1275). Los derechos de las ciudades, especialmente de Magdeburgo y Lübeck, que preceden a la recepción del derecho romano, realizada por la ordenanza de Bamberg de 1457 y, sobre todo, por la Constitución Criminal Carolina, debida al Emperador Carlos I de España y V de Alemania, de importancia fundamental. Dicha constitución consta de 219 artículos, (de los cuales sólo una tercera parte aproximadamente 70 al final de la misma) se refiere al derecho penal adjetivo o procesal. Esta constitución llegó a remotos confines, debido al poderío de la Corona española en esa época, extendiéndose ulteriormente a Polonia y a Rusia (con Pedro el Grande a finales del siglo XVII y comienzos del XVIII) y apareciendo incluso en el sur de África, llevada por los colonos holandeses (los llamados boers, más tarde britanizados).^{50y51}

En Rusia, los primeros esbozos de legislación se encuentran en una compilación de costumbres antiguas, posteriores a la conversión de esta nación al cristianismo. Esta compilación fue realizada en el siglo XI: se trata de una legislación arcaica y dura, denominada Ruskaia Pravda, siguiéndole otras, como el Sudebnik de 1497 y el de 1550, así como el Ulozhenye de 1648 y la colección de 1832.⁵² El natural influjo de la Iglesia ortodoxa de Constantinopla hizo que el derecho ruso antiguo estuviese marcado, de forma muy intensa, por el derecho justiniano (así la doctrina, el método e incluso la propia terminología).⁵³

El mayor predominio del elemento germánico se produjo en las naciones escandinavas. Por otra parte la influencia del derecho romano, fue muy amplia en Italia y Francia, no siendo apreciable en Gran Bretaña.

El derecho romano cobró más fuerza, extendiendo cada vez más su fuerza, a él acudían los jueces para buscar la fundamentación de sus sentencias (concretamente, el Digesto y el Código de Justiniano) y de esta manera surgió paulatinamente un derecho penal común, establecido por la jurisprudencia. En la formación de este derecho penal común también influyeron otros elementos, especialmente el canónico y el consuetudinario

⁴⁹ A.M., Terán Lomas, *Las ideas penales en Inglaterra en los siglos XVI y XVII*, Buenos Aires, Arayú, 1953 (folleto).

⁵⁰ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, págs. 300 y 301.

⁵¹ Bernaldo de Quiros, *Constancio. Lecciones de Legislación comparada Ciudad Trujillo*, Editorial Montalvo, 1944, pág. 66.

⁵² Cuello Calón, *op. cit.*, pág. 77.

⁵³ Ancel, *marc, La Reforma Penale Sovietique*, París, 1962, págs. 9 y sigtes.

(Francia, Italia y Alemania, junto con otros países europeos pueden señalarse como los pueblos donde existió este derecho común).⁵⁴

Por lo que respecta a España, resulta muy difícil ensamblar el derecho penal, por falta de datos seguros y fehacientes para reconstruirla. Por lo que nos basaremos en las palabras que el profesor Galo Sánchez, catedrático de Historia del derecho en la Universidad Central de Madrid, escribió en una nota, precisamente para la obra del maestro Cuello Calón, que reiteradamente venimos mencionando, a saber:

Los escritores que hasta ahora han trazado un cuadro de conjunto de la historia de nuestro derecho penal, lo han hecho casi exclusivamente a base de textos de carácter legal (códigos, etc.), sin darse cuenta de que muchos de ellos no se han aplicado nunca o lo han sido de un modo parcial tan solo. Hay que acudir de preferencia a las redacciones del derecho consuetudinario y sobre todo a los documentos llamados de aplicación del derecho, que reflejan la realidad de la vida jurídica; cuando éstos faltan, es imposible reconstruir el derecho penal del correspondiente periodo.⁵⁵

De acuerdo con la nota señalada, cabe añadir que, desde el punto de vista penal, las redacciones más interesantes del derecho territorial consuetudinario son: en Castilla, el Libro de los Fueros de Castilla (en el siglo XIII) y el Fuero Viejo (en el siglo XIV), ambos de índole privada, que garantiza la fidelidad con que recogen las prácticas del país. En época posterior, la legislación de Alfonso X El Sabio, fundamentalmente el Fuero Real (1255) y las Siete Partidas (1256-1265). En esta etapa suele fijarse la atención en el derecho romano en España, aunque las fronteras no son tajantes.

Las recopilaciones generales de la edad moderna abarcan leyes anticuadas (incluso medievales), como ocurre con las del Fuero Real, llegando estas disposiciones incluso a la Novísima Recopilación. Precisamente esta última (con carácter de derecho supletorio las Partidas) constituía, a principios del siglo XIX, el ordenamiento penal español. Posteriormente se iniciaron las prácticas codificadoras, avanzando ya el siglo XIX.⁵⁶

DERECHO PENAL EN LOS PAISES ASIATICOS

Por lo que respecta a la antigüedad, sobre los orígenes del derecho penal en los pueblos asiáticos, existe una definida personalidad y

⁵⁴ Cuello Calón, op. cit., pág. 78.

⁵⁵ Cuello Calón, op. cit., págs. 109 y 110.

⁵⁶ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 752.

diferencia de las culturas orientales en relación con las de occidente, reflejándose naturalmente, en la estructura jurídica de dichas naciones.

En Japón, se abrieron las posibilidades para la incorporación de la influencia extranjera en 1854, la independencia del país se consiguió con la abolición del régimen de capitulaciones, lo que se reflejó en las leyes de administración de justicia, recibándose en dosis masivas la modalidad europea. El código penal de 24 de abril de 1907, en vigor desde 1908, refrenda la influencia alemana y deja amplio margen al arbitrio judicial. Una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, se procedió a reformar el código penal, aprobándose dicho proyecto por la cámara de Diputados, el 26 de octubre de 1947, entrando en vigor el 15 de noviembre del mismo año. Modificándose nuevamente el 10 de agosto de 1953, principalmente en lo que se refiere a la condena condicional. Finalmente, en 1956 se designó una comisión para la reforma completa del código penal, que terminó la redacción del proyecto pertinente el 20 de diciembre de 1961; este proyecto registró como novedad todas las disposiciones concernientes a medidas de seguridad.

En China, con el comienzo del siglo XX, tiene cabida la influencia europea. Es designada una comisión imperial a fin de que realice una serie de trabajos (en medio de grandes vicisitudes) y redacte un proyecto de código penal de corte moderno, cuya tarea terminó en 1911. Promulgándose dicho código con carácter provisional el 10 de marzo de 1912, ya con la república. Posteriormente el 10 de marzo de 1928 ser promulgó un nuevo código penal, tras una larga gestación que trató de armonizar lo tradicional con lo moderno, pero que no plasmó auténticamente en las nuevas concepciones. Tras la revolución de Mao-Tse-Tung, se implantó el régimen comunista, y al igual que en la U.R.S.S. y demás países comunistas, los juristas consideran que el derecho penal está vinculado estrechamente con la estructura social, y por lo tanto la causa fundamental de la criminalidad reside en la contradicción entre los intereses de los individuos y la sociedad, y conseguir la desaparición de este contraste es la forma de erradicar la delincuencia. El concepto de delito, asemejándose al derecho penal soviético, desde luego; técnicamente más perfecto que el chino, se torna esencial en los actos socialmente peligroso. Con la llegada del comunismo al poder supuso la derogación práctica del código penal del 1º de enero de 1935, que había reemplazado al de 1928.⁵⁷

En el resto del Continente Asiático, la evolución de sus ordenamientos penales ha ido paralela con sus cambiantes alternativas políticas, sociales y económicas, pero su estudio excede las posibilidades de esta obra.

⁵⁷ Dekkers, René. *La République Populaire de China, cadres institutionnels et réalisations*, vol. *L'Histoire et le Droit*. Bruselas, Université Libre de Bruxelles, 1963, págs. 201 y 202.

DERECHO PENAL EN LOS PAISES AFRICANOS

África, es un continente que ha estado dominado y colonizado por Europa, apenas termina de ser sustituida por la independencia de los distintos países que la integran, por lo cual ha tenido influencia de las legislaciones penales de las naciones dominantes hasta hace poco y todavía con mucha ascendencia en el continente, es obvia. Por lo que se señalara o haré mención breve de la situación de algunos países de ésta área.

Marruecos, cuya independencia reconoció Francia el 2 de marzo de 1956 y España en abril del mismo año, ha tenido la vigencia de cuatro códigos penales en su carácter de país independiente y unificado, aplicándose en el sur el código francés de 1810 (vigente en Francia), levemente modificado y el que dio Francia para el protectorado de su zona, de 24 de octubre de 1953. Por lo que respecta al norte, que fue protectorado de España, se aplicó el Código promulgado por España y que empezó a regir el 1º de junio de 1914, bastante completo técnicamente y, desde luego muy superior al de la zona francesa; por último, Tanger tenía una legislación penal propia. Actualmente, rige todo el reino de Marruecos el código penal de 26 de noviembre de 1962.

En Etiopía, con las cambiantes alternativas de sus acontecimientos políticos (invasión fascista de los italianos, restablecimiento de la monarquía del Emperador Hailie Selasie, el Negus Rey de Reyes, y posterior derrocamiento de su régimen autocrático por un grupo de jóvenes oficiales), su ordenamiento penal sufrió las consecuencias de tales acontecimientos, culminando todo ello en proyecto de código penal, encargado al ilustre profesor Jean Graven, Catedrático de la Universidad de Ginebra Suiza, quien trató de armonizar las antiguas tradiciones de ese país y las nuevas técnicas jurídicas modernas. Dicho proyecto quedó plasmado en el código penal promulgado el 3 de julio de 1957.⁵⁸

En Egipto es evidente el influjo del derecho francés no sólo en el siglo XIX, sino también en la denominación inglesa y en la posterior independencia. El código penal últimamente promulgado es el 31 de julio de 1937, al cual se han adicionado numerosas leyes sobre aspectos concretos de la delincuencia y se ha realizado un avanzado proyecto de reforma del mismo.⁵⁹

⁵⁸ Graven, Jean. "Vers un nouveau Droit penal ethiopen. De la plus ancienne a la plus recente legislation du monde", en *Revue internationale de Criminologie et de Police technique* (Ginebra), vol. III, octubre-diciembre de 1954, págs. 250 - 280.

⁵⁹ Aly Abou Hait. *Precis elementaire de Droit penal egyptien*, segundo curso, El Cairo, 1942.

Por lo que respecta a la Unión Sudafricana cabe señalar la inexistencia de un código penal propiamente dicho, de suerte que el derecho aplicable está constituido por normas jurídicas británicas y por disposiciones holandesas.

DERECHO PENAL EN EL NORTE DE AMERICA

En los Estados Unidos de América, se puede decir que los fundamentos de la legislación penal estadounidense están marcados, con huella indeleble, por el derecho penal inglés. Todos y cada uno de los Estados integrantes de la Federación Americana tienen su propio derecho y, consecuentemente con esta situación, son innumerables los códigos y ordenamientos jurídicos - penales con vigencia en el gran país.

Desde luego, predomina el Common Law, el Case Law y las colecciones jurisprudenciales, cuya consecuencia es la falta absoluta de sistematización, de rigor científico; por ende, en derecho penal existe un orden lógico y coherente de rigurosa disciplina mental interior.⁶⁰

El código penal federal, promulgado el 4 de marzo de 1909, en vigor desde el 1º de enero de 1910, no tiene las características verdaderas de un código, sino que más bien se trata de una ley en la que se determinan los delitos que son de la competencia de los Tribunales de la Federación. Ante esta avalancha de diversas legislaciones de las distintas entidades federativas, Thorsten Sellin, autor norteamericano ha llegado a decir que las diferencias entre las leyes penales y los sistemas penitenciarios de los Estados Escandinavos y de las Naciones balcánicas no son mayores que las existentes entre los sistemas de los Estados de la Unión Americana.⁶¹

Ante esta tesitura, algunas entidades privadas de Estados Unidos de América, como el American Law Institute (Instituto Norteamericano de Derecho), han patrocinado iniciativas en orden a la redacción de un proyecto de código penal tipo para los Estados Unidos de América. En 1931, se recogieron experiencias anteriores, mismas que progresaron y el 4 de mayo de 1962 se publicó el proyecto por el American Law Institute. Tratándose de un intento de Model Penal Code, de incuestionable sabor neoclásico, alejado de las tendencias positivistas, que sobre todo examina las penas y las intenciones

⁶⁰ Algunas observaciones preliminares sobre la enseñanza del Derecho en Estados Unidos, informe del doctor Eduardo J. Couture, decano de la Facultad de Derecho, sobre su actuación en la Universidad de Tulane, Montevideo, Universidad Mayor de la República, 6 de abril de 1955.

⁶¹ Thorsten Sellin. Recueil des documents. 1939, pág. 35, (nota correspondiente: pág. 14).

de prevención y represión de la delincuencia, manifestados en el preámbulo y en el propio texto del mismo.⁶²

En Canadá, ha habido varios códigos penales. Este país tiene una gran influencia cultural francesa, sobre todo la región de Quebec, y después de un periodo de saturación estadounidense actualmente Canadá es miembro de la Commonwealth (Comunidad Británica de Naciones). Tuvo un código propio desde 1893, aplicable a todas sus provincias. Dicho cuerpo legal, a través del tiempo, sufrió diversas modificaciones (en 1906, 1927, 1936, 1938, 1939, etc.).

Iniciándose en 1948 la elaboración de un nuevo código penal. Promulgándose el 26 de junio de 1954, que entró en vigor el 1º de abril de 1955.⁶³

En relación con Estados Unidos de América conviene señalar que, mediante sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 29 de junio de 1972, ha sido declarada anticonstitucional la pena de muerte (pero sigue aplicándose en las entidades federativas).

DERECHO PENAL EN OCEANIA

De acuerdo con las sucesivas secuencias histórico-sociopolíticas, en Oceanía derivadas del fuerte choque de influencias culturales, principalmente en Filipinas, las concepciones penales de origen hispánico y la activa agresividad del mundo anglosajón. Por lo que cabe advertir que para que una corriente moderna, las Filipinas más que de Oceanía forman parte de Asia, pero por lo que respecta al tema relacionado se considerara su integración a Oceanía.

Australia pertenece a la Commonwealth (Comunidad Británica de Naciones), sigue el sistema de Common Law Inglés, que le sirve de base general. El derecho penal según la Constitución, es asunto que corresponde a los Estados integrantes de la Federación. Así, en Nueva Gales del Sur rige el Crimen Act de 1900; en Victoria, el Crimen Act de 1958; en Queenslandia, el Criminal Code Act de 1899, con bastantes reformas ulteriores, entre ellas las de 1939 y 1943; en Tasmania, el código de 1940; finalmente, en Australia Occidental, el viejo código de 1902, revisado en 1913.^{64 y 65}

⁶² Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 667.

⁶³ J. C., Martín *The Criminal Code of Canadá*. Toronto, Carwright and Sons, comentado, 1955.

⁶⁴ Barry, Paton y Sawyer, *An Introduction to the Criminal Law in Austria*, Londres, 1943.

⁶⁵ Hogan, *Journal of comparative legislation and international law*, Parte IV, págs. 258 y sigtes.

Por lo que se refiere a Filipinas, durante la dominación española rigieron las leyes hispánicas y desde 1884 estuvo vigente el código español de 1870. Ulteriormente con la desaparición de la hegemonía hispana, adivinó el dominio de Estados Unidos y se publicó el código penal de 8 de diciembre de 1930, que entró en vigor el 1º de enero de 1932. Se trata de un cuerpo legal en el que todavía se advierte la influencia del código español de 1870. Finalmente, en 1948 se inició un proyecto de reforma total del código de 1932, en el que ya atisba el fuerte impacto de la cultura estadounidense, tarea estimable con muchos inconvenientes, siendo uno de los más importantes su redacción en inglés, idioma poco idóneo para la expresión de modernas fórmulas jurídicas.⁶⁶

En Nueva Zelanda, el código penal de 1893 ha sido ampliamente superado por legislaciones parciales en numerosas cuestiones; en consecuencia, desde el 1º de enero de 1962 entró en vigor el Crimes Act de 1961.

DERECHO PENAL COLONIAL

La Colonia realmente representó el trasplante de las Instituciones jurídicas españolas a territorio americano.⁶⁷ En los países que se encontraban dominados por España se aplicaba la llamada Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, terminada en 1680, aunque antes hubo numerosas muestras de legislación colonial y otros códigos y recopilaciones.

Con respecto a México, ulteriormente se dictaron y subsistieron con las leyes de Indias, entre otras, los "Sumarios de las cédulas, órdenes y provisiones reales que se han despachado por su Majestad para la Nueva España y otras partes, principalmente desde el año de 1628 hasta el año de 1677". En el año de 1787, Don Eusebio Ventura Belena, continuó algunas de las partes de estos "sumarios" de Montemayor, mismo que reimprimió parcialmente.

Conocida con el nombre de Autos acordados de Montemayor y Belena. Después en muy apretado resumen pueden señalarse, atribuidas a Don Joaquín Velázquez de León, las "Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del Cuerpo de Minería de la Nueva España y de su Tribunal",

⁶⁶ Jiménez de Asúa. El nuevo derecho penal. escuelas y códigos del presente y del porvenir, Madrid. Editorial Pérez-Bolsa, 1929. págs. 219-223; Jiménez de Asúa, op. cit., págs. 675-684.

⁶⁷ Carrancá y Trujillo. Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, 12a. ed., México, D.F., Porrúa 1977, pág. 114.

dictadas en 1783. Promulgadas por el Virreinato, contenían algunas disposiciones punitivas sancionando el hurto de metales. Las Ordenanzas de Gremios de la Nueva España, dictadas en 1524-1769, determinaban sanciones para los infractores de las mismas, aplicaban multas, azotes, impedimentos para trabajar en el oficio de que se tratara y demás.⁶⁸

Junto a este derecho indiano, coexistía en las colonias todo el derecho de Castilla, las fuentes de ambos ordenamientos eran comunes, aplicado mediante diversas ordenanzas reales, incorporadas a la Recopilación de Indias (por ejemplo, la ley III, título II, Libro II). De esta manera tuvieron vigencia y subsiguiente aplicación con el carácter ya señalado: el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación y de las Partidas).

Dichas fuentes jurídicas fueron sancionadas por las monarcas, siempre que no estuvieran en contradicción con la comunidad jurídico - cultural de la sociedad y del Estado colonizador. Como fuente final del derecho punitivo, vinculada estrechamente con la práctica, las disposiciones de los virreyes y de los gobernadores que, no obstante su origen meramente policial, contenían graves penas, incluso la de la muerte. Existía una gran severidad, crueldad en las leyes españolas, no tan sólo existía en el derecho español, sino que era extendible a todos los sistemas jurídicos de la época; los contenía el derecho penal de todo el mundo.

España estableció para las Indias un derecho penal propio, en el cual, junto a las reglas aplicables a los peninsulares, se plasmaban principalmente preceptos concernientes a los aborígenes, con intención acusadamente tutelar. Empero no cuajó en el código penal para los indios, publicado en México, para el reforzamiento de la campaña evangelizadora; más bien, estaba incluido en un expediente, del que se sacó el mandamiento relativo a los indios, datado en la Ciudad de México, el 30 de junio de 1546 y librado en nombre del Emperador Carlos I de España y V de Alemania, constituyendo una verdadera ley penal para indígenas. El maestro Jiménez de Asúa señala que no estamos en presencia de un código tutelar, pero el código considera la condición de indios, y las penas para los indígenas son muchas veces de menor severidad que las fijadas para los propios españoles.^{69/70}

⁶⁸ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 959.

⁶⁹ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 961.

⁷⁰ Primitivo Código Penal referente a los indios, Boletín del Archivo General de la Nación (México), tomo XI, núm. 2 (abril - mayo - junio de 1940), Revista Criminalia, México, enero de 1941, págs. 300 y sigtes.

En el aspecto legislativo, el documento más importante es la Recopilación de las Leyes de Indias, que comenzó el fiscal de México Antonio Maldonado y que fue terminada por el doctor Vasco de Puga, oidor de la Audiencia de México. El libro VII, que contiene ocho títulos, se refiere a los delitos y las penas. Su elaboración comprende los años 1526, 1563, 1571, 1596, 1628, 1680. Sin duda estas leyes de los reinos de las Indias, de 1680, constituyen el principal cuerpo de leyes de la Colonia, siendo completadas con los Autos acordados hasta la época de Carlos III (en 1759), dictándose a partir de la fecha indicada las ordenanzas de Intendentes (en 1782, 1786 y 1803) y las de Marinería.⁷¹

Por lo que se refiere a dichas leyes, en su articulado, cuyo examen excede los propósitos de esta obra, cabe elogiar su prudencia e incluso su muy avanzado sentido de política social y criminal, pues en una de esas leyes, concretamente la de 1621, llegó a consignarse que la mejor actividad gubernamental consiste en prevenir el delito, en vez de castigarlo después de su comisión. Sin embargo, este es el lado positivo, pues frente a él es de honestidad insoslayable señalar que estos preceptos, tan elogiados, fueron leyes vigentes pero no cumplidas; por ello, para tener una idea exacta de lo que el derecho penal colonial fue en la práctica, resultaría necesario estudiar la aplicación de las penas en la realidad y los conceptos predominantes sobre el delito, pretensión que es excesiva para los fines de este libro.⁷² Contra estas contradicciones de la legislación y de su rapinesca práctica, es de justicia consignar aquí, a manera de humilde homenaje, la figura insigne de Fray Bartolomé de las Casas.

DERECHO PENAL EN MEXICO

Una vez que terminó la lucha por la independencia, el Estado, nacido en el fragor de la batalla, de manera primordial enfocó su actividad legislativa en los aspectos constitucional y administrativo, es decir, en legislar sobre su ser y sus funciones. Dicho periodo abarca aproximadamente desde 1824 hasta 1835.

Por la necesidad de establecer un orden, el Estado impuso una reglamentación para muchas actividades, por ejemplo, portación de armas, ingestión de bebidas alcohólicas, vagancia, mendicidad, organización policial (con la creación de la policía de seguridad), procedimiento militar contra los

⁷¹ Carrancá y Trujillo, op. cit. pág. 115.

⁷² Se recomienda consultar la obra de Anastasio Zerecero (estudio histórico - gráfico de Jorge García Lacroix). Memorias para la historia de las revoluciones en México, UNAM, Dirección General de Publicaciones, México, 1975.

salteadores de caminos, turnamiento diario de jueces de la Ciudad de México, reglas para sustanciación de las causas y determinación de las competencias, ejecución de sentencias por el Ejecutivo, reglamentación carcelaria, facultad de indulto por el Poder Ejecutivo, etc.⁷³

El 4 de octubre de 1824 en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció como forma política de la Nación la de una República representativa popular federal, determinándose las partes integrantes de la Federación denominadas estados o territorios, sistema mantenido después por la Constitución de 1857. En esa fecha no había bases sobre las que construir el derecho penal mexicano, hablando con propiedad, pues sólo a partir de esa fecha se atemperó la anarquía que caracterizaba al régimen represivo en cuanto a las disposiciones de fondo, ya que, como se ha visto ut supra, la mayor parte de las disposiciones legales promulgadas hasta esa época se referían a los procedimientos y a la jurisdicción, para aligerar los trámites y activar la represión de la creciente criminalidad.⁷⁴

Los constituyentes de 1857, con los legisladores de 4 de diciembre de 1860 y de 14 de diciembre de 1864, quienes sientan las bases del derecho penal mexicano al señalar la inaplazabilidad del trabajo codificador, calificado, de arduo por el propio Presidente Gómez Farías. Durante el imperio de Maximiliano, uno de sus ministros Lares o Larios, proyectó un código penal no promulgado, advino la restauración de la república. En fecha 5 de mayo de 1869, el Estado de Veracruz fue el primero en poner en vigor sus propios códigos civil, penal, y de procedimientos, obra reveladora de la vigorosa personalidad de su realizador, el licenciado Fernando J. Corona, la cual, independientemente de sus defectos técnicos, constituye una aportación muy importante en el orden jurídico mexicano. Como dato ilustrativo, cabe señalar que también fue Veracruz el estado donde se promulgó el primer código penal mexicano, concretamente el de 28 de abril de 1835, basado en el código penal español de 1822. Estos ordenamientos jurídicos veracruzanos de 1869 supusieron, ya para siempre, la ruptura de la unidad legislativa en que entonces habían vivido los mexicanos.⁷⁵

En 1867, vencido el intento imperial de Maximiliano de Habsburgo, el Benemérito Benito Juárez entró en la capital de la República. Con ello, puede afirmarse que comenzó el definitivo asiento de México en la

⁷³ Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 120.

⁷⁴ Ceniceros, José Ángel. Trayectoria del derecho penal contemporáneo. La reforma penal en México, Biblioteca Criminalia, 1943, págs. 93 y sigtes.

⁷⁵ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 1, 241.

comunidad internacional de naciones independientes, y se inició la trabajosa, dignísima y triunfal construcción de la patria mexicana.⁷⁶

En el mismo año, Benito Juárez encomienda la Secretaría de Instrucción Pública al licenciado Antonio Martínez de Castro, quien reorganizó la Comisión Redactora de lo que ulteriormente sería el primer código penal mexicano. Esta comisión fungió desde el 6 de octubre de 1862, pero sus trabajos, en los que habían conseguido la redacción del proyecto del Libro I, se vieron interrumpidos por la lucha contra la intentona imperial. El 28 de septiembre de 1868, ya normalizado el país, la comisión quedó integrada definitivamente bajo la presidencia del licenciado José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. de Zamacona.

Dicha labor se desarrolló durante dos años y medio, quedando aprobado y promulgado por las Cámaras el 7 de diciembre de 1871 y entró en vigor el 1º de diciembre de 1872 en el Distrito Federal y en el territorio de Baja California. El código español de 1870, sirvió de modelo al código penal de 1871, basándose en sus precedentes de 1848 y de 1850, contiene una excelente redacción y los tipos delictivos conllevan en ocasiones una irreprochable justeza, aún cuando el posible defecto que tiene es excesiva extensión (1, 151 artículos y uno transitorio). En cuanto a la parte doctrinal, la propia Comisión señaló haber seguido las directrices de Ortolán para la parte general (Libros I y II) y de Chauveau y Helie para la parte especial (Libro III). Según Carrancá, el mencionado código corresponde plenamente a su época, clasicismo penal, con relevantes retoques de correccionalismo.⁷⁷

Cabe señalar que el código de 1871, como su homónimo español de 1870, se promulgó con carácter de provisionalidad, pero por uno de estos contrasentidos frecuentes en los países de raíz latina, estuvo en vigencia, al igual que el español de 1870, hasta 1929.

Antes del estallido revolucionario, la pretensión más seria de reforma del código fue la del proyecto de 11 de junio de 1912, trabajo realizado por la Comisión designada en 1903 por la Secretaría de Justicia, integrada por el licenciado Miguel S. Macedo, quien la presidía, y Victoriano Pimentel y Manuel Oliviera Toro, quienes durante diez años más trabajaron en el proyecto,

⁷⁶ En la aventura contra la República Mexicana intervino la Corona española, encontrándose al mando del ejército expedicionario español el General Juan Prim y Prats, Conde de Reus y Marqués de los Castillejos, que una vez en México y al darse cuenta de la canallada que se intentaba, se retiró con sus tropas. Prim, líder del liberalismo español, murió asesinado en circunstancias todavía no aclaradas, posiblemente por las altísimas implicaciones del crimen y a pesar de haberse tramitado un Sumario (investigación judicial) de 18,000 folios.

⁷⁷ Carrancá, op. cit., pág. 124.

celebrando numerosas sesiones y recabando la opinión del foro mexicano, mediante encuestas entre funcionarios judiciales de la República.⁷⁸

Aunque la reforma del Código de 1871, revelaba un muy aceptable y certero espíritu político criminal, la Revolución dio al traste con estos propósitos y requirió del pueblo mexicano su dedicación para asuntos más trascendentales en beneficio de la comunidad nacional.

Consolidada la Revolución, los gobiernos revolucionarios emprendieron la obra de revisión de los viejos códigos. En derecho penal, la comisión nombrada de 1925 consiguió dar fin a su tarea: en 1929, José Almaraz y Luis Chico Goerne, terminaron el proyecto, que el entonces Presidente Portes Gil promulgó el 30 de septiembre de 1929, entrando en vigor el código penal el 15 de diciembre del propio año.

Dicho cuerpo de leyes constaba de 1,233 artículos, de los cuales cinco tenían carácter transitorio. Era un código de corte positivista, muy deficiente técnicamente del cual los mexicanos José Ángel Ceniceros y Luis Garrido manifestaron que su entrada en vigor reveló hallamos en presencia de una obra de gabinete, que adolecía de graves omisiones, de contradicciones evidentes, de errores doctrinales y, en resumen de difícil aplicabilidad.⁷⁹ Para Carrancá, el mérito principal del Código de 1929 es el haber facilitado el advenimiento del Código de 1931 y con ello, la derogación de los textos de Martínez de Castro y la apertura de las modernas corrientes del derecho penal en la República.

El fracaso del ordenamiento penal de 1929 motivo la inmediata designación por el Presidente Portes Gil de una comisión revisora del texto comentado, la cual estuvo presidida por el licenciado Alfonso Teja Zabre. Terminados los trabajos de la comisión, el Presidente Ingeniero Pascual Ortiz Rubio, promulgó el 13 de agosto de 1931, el nuevo código penal, actualmente en vigor (con las reformas que se han ido sucediendo).

Tal ordenamiento legal consta de 403 artículos, de los cuales tres son transitorios; además, tiene una correcta redacción en español y una estructuración sencilla y adecuada. No se trata de un código adscrito a una determinada escuela; respeta la tradición mexicana y su formalismo es análogo al de otros códigos, siendo características destacables las siguientes: extensión uniforme del arbitrio judicial, con reglas para el uso del mismo; señalamiento de directrices antrosociales a la justicia penal; perfeccionamiento de la condena condicional; la tentativa; la participación;

⁷⁸ Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 1, 243.

⁷⁹ Ceniceros, José Ángel y Luis Garrido, *La ley penal mexicana*, México, Edic. Botas, 1934, pág. 17.

uniformidad de carácter de pena pública a la multa y reparación del daño; eximentes o excluyentes, etc. Ulteriormente ha habido varios anteproyectos de código penal, como los de 1949, 1958 y 1963, pero sin cuajar en un proyecto definitivo ninguno de ellos.

Junto al código de 1931 para el Distrito Federal, coexisten los diversos códigos de las entidades federativas ("libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior", según dispone el artículo 40 de la Constitución), los que, actualmente superadas las influencias de los textos de 1871 y 1929, están marcados por la preponderancia del influjo del repetido código de 1931.⁸⁰

3. TEORIA DE LA LEY PENAL

Francisco Pavón Vasconcelos menciona que normalmente en el lenguaje jurídico se utilizan los términos ley penal y norma penal con idéntico significado. A partir de Carlos Binding no fue así, cuando se hizo notorio su diverso contenido conceptual, al recalcar el hecho de que el hombre, al finalizar la hipótesis legislada, no viola o infringe la ley penal: su comportamiento y en todo caso la resolución de ésta vienen a llenar el cuadro descriptivo del criterio jurídico. Por lo cual existe no una infracción a la ley penal, sino una aprobación con la misma, oponiéndose el viejo concepto expresado por Carrara sobre el delito. De acuerdo a esta observación Binding sostuvo que las acciones de los hombres no violan las leyes penales sino las normas jurídicas con vida anterior y ubicadas por encima y detrás de aquellas. Dichas normas son consideradas como verdaderas prohibiciones abstenerse originadas en el Derecho en general y cuya garantía corresponde como tarea al ordenamiento penal.

De lo anterior se establece el fundamento del carácter sancionador del Derecho Penal, puesto que las normas son creadas por distintas ramas del Derecho, en especial del conocido como Derecho Público, en algunos casos estas normas son consideradas como leyes penales al ser designadas una pena. En conclusión, quien viola la norma jurídica está depositando su acción, desde un punto de vista material, contra el Derecho y por esta razón se dice que su actuación es ilícita, es decir, antijurídica. Como en el caso de Homicidio, quien mata a otro, finaliza un hecho que encuadra o se ajusta a la descripción del delito establecido en el artículo 302 del Código Penal, por lo que viola la norma jurídica que prohíbe matar; en otro caso el que

⁸⁰ González de la Vega, Francisco, La reforma de las leyes en México, extracto de obras y ensayos de José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Francisco González de la Vega y Raúl Carranca y Trujillo, México, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1935.

se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento por la ley, viola la norma intrínseca contenida en el artículo 367 de dicho Código, que prohíbe el robo, etc. Por lo tanto, Jiménez de Asúa, al referir la teoría de Binding, resalta el hecho de que la ley penal no crea las normas sino las garantiza.⁸¹

Hans Kelsen cuando señala la estructura de las normas jurídicas, se encuentra en desacuerdo al concepto de Binding, ya que afirma que el Derecho se distingue de otros órdenes normativos en el hecho de vincular a determinadas conductas un acto de coacción, de empleo de fuerza, de manera que su función fundamental "es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las comunidades jurídicas". De tal principio resulta "que la conducta "que la conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, un comportamiento está jurídicamente prescrito sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción. Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así la mayor parte de los Códigos Penales no prohíben expresamente la comisión crímenes o delitos. Se limitan a definir los múltiples crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia". Por lo antes expuesto resulta que la norma jurídica no sólo debe definir la actuación sino además determinar la sanción, ya que sin esta no sería tal por resultar incompleta. En primer término la norma primaria es aquella que fija "la relación entre el hecho ilícito y la sanción" y la norma secundaria "la que prescribe la conducta que permite evadir la sanción". Kelsen, al abordar el problema de si el hecho ilícito, es la negación del Derecho, después de definir el hecho ilícito como "la conducta contraria a la prescrita prohibida por dicha norma", decide negar la postura tradicional que afirma que el hecho ilícito es una violación o negación del Derecho, para definir el criterio de que "el autor de un acto ilícito no viola" el Derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que solo el hecho o el acto permiten al Derecho desempeñar su función esencial. Cuando se lleva a cabo un hecho ilícito, es considerado como una interrupción en la existencia del Derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, ya que es la existencia misma del Derecho, es su validez, que se apoya frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una pena".⁸²

Parece ser que la Teoría de Binding es inatacable. No obstante Beling llamó la atención sobre la situación de que muchas normas no se encuentran formuladas en las otras ramas del Derecho y su remembranza debe

⁸¹ Pavón Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México 1995, Editorial Porrúa. 12a. de. págs. 87 y 88.

⁸² Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, pp. 74, 76, 77, 87, 89, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.

hacerse, por tanto, en forma extralegal. Lo anterior constituye un rudo golpe a la teoría de las normas.⁸³ Sin embargo los que están a favor de las ideas de Binding han tratado de encontrar la manera de salvar las objeciones trayendo como sustituto al Derecho natural, como un conjunto de doctrinas que encuentran su raíz en la naturaleza del hombre, para ubicar en él aquellas normas carentes de formulación expresa en el orden positivo, mientras otros hacen hincapié en algunas situaciones en las cuales la imprecisión de las normas desaparece a través de la sanción.⁸⁴

Sin embargo Marx Ernesto Mayer, oponiéndose al criterio supletorio del Derecho natural y negando el orden positivo el carácter del

⁸³ Observa Novoa que respecto a algunos delitos, de los más graves recogidos en los Códigos, no es posible encontrar norma expresa quebrantada con el hecho punible, tales como los de traición a la patria, homicidio y lesiones. Esto ha llevado a algunos -expresa el autor-, a pretender que tales normas deben ser reducidas del conjunto de las disposiciones legislativas. Dice textualmente al respecto: "Para resolver el problema, piensan algunos que del conjunto de las disposiciones legislativas vigentes pueden ser deducidos ciertos principios que adquieren el valor de normas jurídicas, aún cuando ellos no estén formulados de manera explícita. De esta implícita manera serían las normas de respetar la vida y la integridad corporal de otro hombre. Incluso no han faltado quienes hayan visto en la propia ley penal, en los hechos punibles que ella determina, una implícita formulación de normas, posición esta última que hecha por tierra la teoría de las normas". Curso de Derecho Penal Chileno, I, p. 19, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

⁸⁴ En relación a este punto de vista, FONTAN BALESTRA se esfuerza en reafirmar la validez de la teoría de Binding "La advertencia respecto a que las normas no están fijadas con precisión en su totalidad -escribe- es válida como observación, pero no nos lo parece como crítica. La diferenciación de norma y ley, válida como concepto, no impide que la norma sea en cierto modo diferente antes y después de la sanción de la ley; esta última toma su contenido de la norma de convivencia, esa norma a que nos referimos al hablar de la génesis del Derecho Penal, y la determina en su relevancia criminal. Las normas pueden variar, pero la ley las precisa para el tiempo de su vigencia. Por eso, en cierto momento, se llega a las normas, justamente por el camino de la ley. Para la ley penal sólo adquiere significación la conducta que ella describe como contraria a la norma, no otra; puede haber y hay numerosas conductas que chocan con la norma preexistente, pero que la ley no capta. Ello no quiere decir, tampoco, que tales actos que quedan fuera de la ley, no sean antijurídicos: lo que ocurre es que no son penalmente relevantes: no tienen como consecuencia una sanción. La ley penal, cuando fija cuales son las conductas a que corresponde pena, describe y valora, pero sólo después de la sanción de la ley queda determinada la extensión y forma de la norma cuya violación es posible de pena. Si tomamos el caso de la prohibición del incesto, pensando por algunos códigos y no contemplado por otros, ¿cuándo podríamos decir que la norma existe y cuándo no? ¿Cuál es la única referencia precisa? Evidentemente, la ley. Antes de sancionarse la ley, la norma es imprecisa, tanto que los sectores de la opinión pueden estar profundamente divididos; después, no hay duda de cual es la norma: "no tendrás relaciones incestuosas". Es decir que la norma preexistente e imprecisa se ha transformado en norma determinada y precisa. Y, a menudo, limitada; porque la ley sólo penará las relaciones incestuosas dentro de tal o cual grado y naturaleza de parentesco. Insistimos en que existe la norma a que Binding se refiere; ningún Código determinaría la ley para quien se pasee por la calle con el sombrero en la mano, porque nadie ha pensado en que eso no deba hacerse; pero hay, en cambio, numerosas acciones sobre cuya libertad o prohibición existen puntos de vista controvertidos y es esa la norma imprecisa, indeterminada, fluctuante, a la que sólo la ley llegará a precisar en su significación penal". Derecho penal, pp. 127 y 128 3a. edición, Buenos Aires, 1957.

contenido único del Derecho formula, en el año de 1903, su teoría de las "normas de cultura", intentando así completar la doctrina de Binding. Mayer considera que el orden jurídico es un orden de cultura, por no ser sino el producto de un estado social cuya protección se reclama, de forma que las actividades antijurídicas resultan ser las violatorias de las normas culturales anticipadamente reconocidas por el Estado a través de la creación de la ley.⁸⁵

4. FUENTES DEL DERECHO PENAL

Sólo la Ley es considerada fuente del Derecho Penal, de manera directa, inmediata y principal.

⁸⁵ Luis Jiménez de Asúa prefiere inclinarse en favor del criterio externado por M. E. Mayer en su doctrina de las normas de cultura: "Cultura -aclara- es el cultivo -como el latín lo expresa- de un interés común y de la actuación resultante, situación que está matizada con un acento de valor. La cultura es una realidad valiosa. Sólo la naturaleza es ciega para el valor. No puede identificarse civilización y cultura. Esta es un poder crítico. Su forma más interesante para nosotros es el momento en que el Estado, en sus leyes, adopta una determinada actitud ante la misma, reconociendo ciertas normas de cultura y rechazando otras, con lo que separa la conducta jurídica de la que es contraria al orden jurídico. Pero el Estado es una sociedad que no crea cultura, por eso en la ley no se agota todo el Derecho. El profesor Mayer llega, pues, a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela del conjunto de ellas en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. 'Es antijurídica -concluye el genial maestro- aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado'. Y explicando su tesis añade: 'Se debe repetir una vez más que para fundamentar el orden jurídico y no para suplantarle es preciso retrotraer la teoría hasta aquél complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley, para poder leer entre líneas, para preservarnos de la confusión y últimamente, para prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica' (...)" Repasados los criterios expuestos para negar la existencia de un Derecho suprallegal, Jiménez de Asúa termina por expresar que "es erróneo, además, decir que la suprallegal está fuera del Derecho. Por estar encima o detrás de la ley no se hallan esas normas jurídicas, e incluso sus bases de cultura tal como nosotros las concebimos, a extramuros del Derecho. No son 'extrajurídicas', 'suprajurídicas' o 'metajurídicas'. Ya Roberto Von Hippel se había levantado contra tales imputaciones, al buscar el criterio unitario de la antijuridicidad, que ora se halle en el principio de la supremacía de un interés superior sobre los inferiores; en la colisión de intereses: en que la acción sea o no antisocial, o en que el acto sponga un medio justo para la consecuencia de un fin justo, no puede decirse que su naturaleza sea 'metajurídica' (...) en el árbol, las raíces no se ven y solo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas; pero aquellas, hundidas en la tierra, forman parte de la especie arbórea y la nutren de las sustancias terrestres. Así, la Ley no es todo el Derecho; no es el Derecho a secas, sino que las normas lo constituyen también. Esta concepción de la norma de cultura y de la norma jurídica, evita, de una parte, reducir el Derecho a un puro concepto legalista, y, por otra, no aceptar dar a la ley escrita extensión tal, que todo sea inmanente a ella. Reconozcamos que la teoría de las normas, con rectificaciones o con aparentes negativas, se han instalado en el pensamiento moderno" Tratado de Derecho Penal, II, pp. 315 a 318, Tercera edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

Las costumbres no pueden ser fuentes del Derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal, porque la Constitución, en su artículo 14, establece la prohibición terminante de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.

Por lo que respecta a la Jurisprudencia, según nuestra Ley de Amparo, sólo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito, formándose mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, y que cada ejecutoria haya sido aprobada por lo menos por cuatro Ministros, tratándose de las Salas y por catorce, si emana del Pleno. La de los Tribunales Colegiados de Circuito obliga cuando existen también cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin que se presente una en contrario y que hayan sido aprobadas por unanimidad de los tres Magistrados integrantes de cada Tribunal.

A pesar de su obligatoriedad, la jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal; ya que es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; por lo que la Corte sólo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cual cosa. En nuestro sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la genuina intérprete de las leyes, al corresponderle determinar su sentido. La ley es como una tábula rasa, expresa lo que según la Suprema Corte dice: por lo tanto la jurisprudencia no viene a ser sino un medio de desentrañar el sentido de la propia ley y por ende a ella equivale.

La doctrina tampoco se considera como fuente del Derecho en General, salvo que la ley se le confiera. En materia penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la ley, es requisito sine qua non la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale su sanción.

Según los tratadistas, la garantía de la legalidad se conquistó por primera vez en Inglaterra con la Carta Magna expedida por Juan sin Tierra en 1215, en donde se prohibió la imposición de penas sin previo juicio legal. Tiempo después César Bonnesana, Marqués de Beccaria, escribió que sólo las leyes pueden decretar las penas para los delitos y éstos deben ser establecidos por el legislador. Más tarde en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, a raíz de la Revolución Francesa, se plasmó definitivamente el principio de legalidad aludido, estableciéndose que nadie sería castigado sino en virtud de una ley anterior al delito, aplicándose la misma según el procedimiento legal; nadie podría ser acusado, arrestado, ni

preso, sino en los casos previstos por las leyes, siendo aceptados estos principios casi universalmente.

Haciendo referencia a los anterior, existe una limitante el derecho a castigar del Estado, establecida por la ley penal, fuente única del Derecho represivo, considerada como verdadera garantía para el delincuente, quien no puede verse sancionado por actos que la ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuosos.

Para las leyes penales lo esencial es prohibir lo dañoso y disponer imperativamente lo necesario para el orden social, sancionando la desobediencia a tales preceptos.

En caso de existir actos antisociales, cuya mención se haya omitido en la ley, al Poder Legislativo es al único que corresponde hacer su calificación, sancionándola legalmente, adquiriendo sólo desde ese momento el carácter delictuoso aquella conducta, en el terreno de la vida real y política, aun cuando se pudiera considerar desde antes, existir todo lo necesario para dictar la prohibición y crear el delito.

Para que no se acabe con la libertad de los ciudadanos, con la tranquilidad pública y con la justicia del sistema penal, en buen derecho y sobre todo en un derecho liberal, la naturaleza delictuosa de un acto sólo puede ser definida por la ley, sin que ningún juez o tribunal se halle capacitado para imponer penas por actos no previstos, aún cuando él los crea inconvenientes o sean semejantes a los prohibidos por la ley.

Toda ley tiene un propósito, un "espíritu", una intención, una finalidad real, aún cuando sea desacertada, y que el hombre, viola o acata. Por lo tanto, quien amenaza con una pena, prohíbe o manda implícitamente. Quien afirma que el fin de la pena es la defensa social, está reconociendo que la mente o el propósito de toda conminación penal es impedir precisamente esos actos. Por otra parte, si el delito quebrante los propósitos de la ley, sus fines, su espíritu, su verdadero sentido medular, resulta correcto afirmar que el delito es la infracción de la Ley Penal.

Para definir los delitos judicialmente, por analogía con tipos legales existentes, no es sino una forma atenuada de la misma variante, en la que al menos se indica al juez que debe seguir el criterio que informa el sistema legal, a través de una semejanza con los delitos ya declarados. Por lo tanto, el acto que es inmoral, inhumano, antieconómico, etc., sólo llega a ser delictuosamente antijurídico por la determinación de la ley.

Por la errónea concepción del Derecho Penal en su puntos cardinales, puede hacer varias las conclusiones prácticas del mismo y así, si no importa el delito sino el delincuente como un ser anormal y peligroso, si la pena no es pena y se trata sólo de eliminar o corregir individuos peligrosos antropológicamente, entonces sí cualquiera puede participar en la caza de esos entes peligrosos y su carácter puede ser descubierto por múltiples caminos, actividad en la que apenas se conserva, por una supervivencia ilógica, el empeño de afirmar que se "tutela" en prisión a determinado sujeto porque cometió un delito, contra la idea central de que no hay delitos ni se persigue otra cosa que los estados peligrosos.

De lo anterior se desprende, que la facultad reconocida a los jueces para sancionar hechos no prohibidos antes como delictuosos: primitivismo o falta de suficiente desarrollo en la ciencia jurídica; alteración en las concepciones fundamentales sobre la delincuencia y su represión; o franco autoritarismo en que no se justiprecien los verdaderos valores en juego y sólo se da validez a intereses reales o supuestos del gobernante o del régimen. Puede haber la concurrencia de estos tres factores, con preponderancia de alguno de ellos.

Sería de interés tratar el estudio de aquellos países en que se formó y aún rige vigente un sistema de derecho consuetudinario, como la Common Law Inglesa, transmitida como substratum jurídico a los Estados Unidos de Norteamérica. Durante su época de formación éste régimen jurisdiccional, adoleció de todos los vicios, peligros, etc., con las atenuaciones que puedan abonarse a cada pueblo y a cada grupo de funcionarios que haya participado en dicha tarea. Y por ejemplo citaríamos la Carta Magna de 1215, sancionadora en un momento histórico del principio nullum crimen sine lege, como una justificada reacción contra el arbitrario judicial imperante, sin perjuicio de los antecedentes de la misma garantía que se encuentra ya en el Digesto (L. 131, par. 1, 16), en el Derecho Canónico primitivo, en opiniones tan precisas como la Farinaccio (*praxis et Theoricae Criminalis*, págs. 151 y sigtes.), o en los Estamentos Españoles. Tiempo después fue creado ya un cuerpo de derecho, aún cuando hubiere sido por caminos aventurados, ilegítimos y a costa de quienes sufrieron condenas sorpresivas o de tanteo, exactamente igual en sus efectos que un código o una ley expedida por otros órganos del Estado, si en la práctica se respeta y se acata lo establecido, con la escrupulosidad que abona la tradición del pueblo inglés y de sus funcionarios judiciales. Y a la fecha el Derecho Inglés ha llegado a ser, más casuista y preciso que muchos otros.

Otros casos históricos tienen cercano parentesco, con este sistema empírico de crear el Derecho Penal, tal es el caso de las cuestiones

romanas que, con sistema creador lo mismo que la Common Law, tienen la enorme ventaja de producirse ante la experiencia, ante la realidad viva y multiforma; ya sea como método de juicio, antes de existir y divulgarse los "precedentes", resulta injusto y contrario a la técnica jurídica.

En otros ejemplos de la Historia ha prevalecido solamente la hipótesis falta de que el conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad de los actos es un patrimonio común, intuitivo, del pueblo, por lo que puede presumirse la malicia (o la temibilidad) de quienes ejecutan esa clase de actos, aún cuando no estén expresamente prohibidos; así como el empeño de no dejar impunes hechos olvidados (o deliberadamente omitidos) por la ley, y la frecuente exageración del concepto de bien público, haciendo desaparecer todo interés por el bien individual, por la justicia, por la seguridad, por la tranquilidad y por todos los demás bienes que precisamente tratan de tutelarse con el Derecho Penal.

De acuerdo con estas formas de socialismo exaltado, se suelen citar los Códigos de Dinamarca, de 1930; de la ex U.R.S.S., de 1926; y la reforma al Código Alemán de 28 de junio de 1935.

Lo anterior, en virtud de la preocupación de que muchos "delitos" escapen a la tipificación legal y no deben quedar impunes,⁸⁶ y fundadas en el supuesto de que el delito es violación de las normas y no de la ley, dispuesto en el artículo 2º del Código Penal del Imperio: "Será reprimido cualquiera que cometa un delito declarado punible o que merezca una sanción según la idea fundamental de la ley penal y el sano espíritu del pueblo. Si una ley penal determinada no puede aplicarse directamente al delito, éste será reprimido de conformidad con la ley cuya idea fundamental sea más aplicable".

Por lo que respecta al Código de Dinamarca, vigente desde 1933, dispone la empezar que "sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible esté previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto".

Los términos cautos de este precepto, que limitan la imposición de sanciones a casos previstos y actos "enteramente asimilables", hacen pensar más bien en un propósito de interpretación teleológica o progresiva, afable al

⁸⁶ Recuérdese que la Reforma se explicó por Gurtner, Ministro de Justicia de Reich, expresando ante el Congreso Penitenciario reunido en Berlín el 18 de agosto de 1935, que la máxima no hay delito sin ley había sido sustituida por esta otra: no hay delito sin pena, lo cual, sin desconocer la división de poderes y la función directriz de la ley, satisface plenamente los fines de la justicia que no puede quedar sujeta por las imprevisiones y lagunas del legislador; pero recuérdese también que ésta reforma quedó derogada desde el año de 1945 en que no era necesario ya un estatismo rígido creado para enfrentarse a una guerra universal.

espíritu de la ley y no a sus términos literales, ya que no es lo mismo sancionar actos no previstos por la ley, puesta la mira en las normas supraliberales o en el "sano sentido del pueblo", que aplicar un precepto legal a casos "enteramente asimilables" a los que resultan de la expresión literal de la ley.⁸⁷

Por lo que respecta a Rusia, analizada por Ortega y Gasset, se han visto esporádicas manifestaciones de liberalismo durante el siglo XVIII y bajo el reinado de Alejandro II; manifestaciones que pronto germinaron la servidumbre y la dictadura. De la propensión asiática al transpersonalismo son nuevas manifestaciones la plenitud y la satisfacción con que se aceptan y cobran vida las doctrinas estatistas que luego se reflejan en un arbitrio judicial extremo, en que las autoridades no tienen límites para sus funciones y desaparece toda preocupación por la justicia, la tranquilidad, la igualdad y la libertad de los individuos, ante el único interés del Régimen.

Cuando en 1917 se produce la Revolución, se elimina la legislación zarista, se puso en manos de una "Comisión Extraordinaria de Investigación" (la Techca) el summun de facultades para espionaje, procedimientos secretos policíacos e investigadores, condena y ejecución, en ejercicio de las cuales informa Sorokin que de 1917 a 1922 se dio muerte a más de 600,000 personas sin procedimientos judiciales.

A fin de terminar con el terror que originó esta serie de arbitrio, el 12 de diciembre de 1919 se puso en vigor un Código conteniendo una introducción y ocho artículos, conocido con el nombre de Principios Directores del Derecho Penal, correspondiendo al ideal que ya conocemos de hacer "leyes sencillas" y compuestas por "unos cuantos principios generales".

En el mes de junio de 1922 apareció una nueva ley compuesta de 227 artículos en que se reflejan el estatismo y los principios de la escuela positivista: Defensa del Estado de los Trabajadores (artículo 5º) analogía y arbitrio judicial (artículo 10º), responsabilidad social, peligrosidad, etc.

Los principios de la Legislación Penal de la Confederación de las Repúblicas Unidas, se formaron en 1924, preconizando el abandono definitivo de la idea de culpabilidad; la negación de la pena con fines que no sean eliminatorios y correctivos, tomándose como base el estado peligroso; el

⁸⁷ En nuestro medio, por ejemplo, se ha notado extrema rigidez en la interpretación de algunos preceptos, como cuando se ha dejado sin castigo a funcionarios o empleados que disponen para sí de los fondos pertenecientes al Distrito Federal, porque al definir el peculado en el artículo 220 del Código sólo hablaba de bienes pertenecientes "a la Nación, a un Estado, a un Municipio o a un particular", sin mencionar al Distrito ni a los Territorios Federales. Esto motivó las reformas de 31 de diciembre de 1943 y 31 de diciembre de 1945, cuyo fin no es otro que el de obviar la correcta inteligencia de este tipo de delitos.

arbitrio judicial, la imposición de sanciones por analogía y una especie de ampliación al concepto de legítima defensa, para uso del Estado y del Proletariado internacional.

En 1926 fue promulgado el Código que había de regir desde el 1º de enero de 1927, compuesto de 205 artículos sustituyéndose el nombre de las penas y de las medidas de seguridad, por las de "medidas de defensa" entre las que figuran como eliminatorias, el fusilamiento y el destierro, otras de carácter curativo, médico-pedagógicas y otras llamadas correctivas (sin ser intimidatorias ni afflictivas), como la privación de la libertad con aislamiento absoluto, y la confiscación total o parcial de bienes. Si se trata de actos que ataquen los principios del Régimen Soviético; y un máximo si se trata de cualquiera otra especie, se señala un mínimo. Se encuentran en él los principios positivistas de responsabilidad social, concepto de anomalía de todos los delincuentes, aplicación analógica de la ley, amplio arbitrio judicial, peligrosidad descubierta principalmente por los móviles, hasta hacer desaparecer el carácter delictuoso de los actos tipificados si se obrare por fines no egoístas ni antisociales.

En listas están consignadas las atenuantes y agravantes, como lo hacía el Proyecto de Ferri de 1921, o por la Ley de 25 de febrero de 1927 fueron suprimidas algunas por considerarse como "de clase". Más tarde fue suprimida la Techca, ordenándose la creación de un Ordenamiento Penal, tendiendo a desaparecer ante una entidad superior que absorbe la personalidad de cada individuo según las declaraciones de Anosof, Pasche-Osersky, de Pachuckanis, de Krylenko y otros más, los mencionados consideran que la legislación expedida representa sólo un estado de transición entre la vieja idea individualista y el comunismo que vendrá y acabará con los principios legalistas. Más tarde Goichbarg fue el creador de todos los caracteres de la vulgaridad, al decir que la idea del derecho sólo aprovecha a las clases opresoras y constituye un opio peor que el de la religión; e inspirado en la misma tendencia autocrática, Stuscheka, Comisario del Pueblo y Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, mencionaba que las leyes soviéticas son instrumentos en que sólo obligan los principios generales considerando que todo fetichismo de la ley y de la legalidad son imposibles en un Estado que es poder y que no se halla sojuzgado por ninguna clase de reglas estáticas.⁸⁸

⁸⁸ Revista de Derecho Soviético, año 1924. Como es sabido las cosas han cambiado, sobre todo después de la muerte de Stalin, ocurrida en 1953. Independientemente de que ya la Constitución Soviética del 5 de diciembre de 1936 establecía el principio de que los jueces están sujetos a ley, la orden para formular un nuevo Código Penal fue dada en ese mismo año de 1953, y según la información proporcionada por Vorochilov después del XX Congreso del Partido, celebrado en 1956, para esta época ya estaba preparado el proyecto, el cual por diversas fuentes se sabe que tiende a limitar la noción de "socialmente peligroso" para definirla sólo por los hechos descritos con exactitud en la ley, pues se reconoce que es esta la única

A excepción de algunos se puede afirmar que todos los países por su legislación, por su doctrina, y por sus declaraciones hechas en congresos internacionales, han sostenido el principio de legalidad de los delitos.

Así es como el Cuarto Congreso Internacional, celebrado en París en julio de 1937, por la Asociación de Derecho Penal, llegó a las siguientes conclusiones: a) el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, garantía necesaria del derecho individual, suponiendo por consecuencia, la exclusión del método analógico en la interpretación de las leyes penales. b) Es de desear que las disposiciones de la ley penal que definen las infracciones, estén concebidas en términos suficientemente amplios facilitando la adaptación de la jurisprudencia a las necesidades sociales. c) La exclusión del método analógico concierne solamente a los textos que encierran las incriminaciones, determinando las penas o que prevén las causas de agravación de las mismas. d) El principio de legalidad que se opone al método analógico, gobierna las medidas de seguridad al mismo título que las penas.

En el Tercer Congreso de Derecho Comparado llevado a cabo en La Haya, en agosto de 1937; se tomaron acuerdos semejantes, y en nuestro

base posible de responsabilidad penal; deberán evitarse disposiciones que no sean enunciadas y precisadas con toda claridad; y puede notarse que varios expertos soviéticos del Derecho Penal discuten sobre la abolición del principio de analogía, el cual se opone a la preocupación saliente, después de Beria, sobre la "legalidad socialista", celosamente guardada por la Prokuratura, de acuerdo con su Ley Orgánica de 24 de mayo de 1955, completada por la Ordenanza de 7 de abril de 1956. Sovetskoe gosudarstvo i pravo). Por su parte los Magistrados del Tribunal Supremo aseguraron, ante la Delegación de Encuesta del Partido Socialista (S.F.I.O.) que salió de París a Moscú el 28 de abril de 1956, que el precepto que permitía condenar un hecho no calificado, por analogía con un delito o crimen calificado, había ya caído en desuso y no figuraría en el próximo código. De acuerdo con la enmienda constitucional de 1957, en 256 de diciembre de 1958 se expidieron nuevos principios generales que deberían desarrollar en sus legislaciones las 15 Repúblicas Soviéticas; en ellos se reforman radicalmente el Derecho y el Procedimiento Penales, volviendo en mucho a los principios tradicionales y universales y declarando que las sanciones penales sólo pueden ser impuestas por sentencia judicial. Esta mención de las "sanciones penales" se temía que dejara fuera las "medidas disciplinarias" y las "medidas de represión" o de "defensa social" que para "individuos socialmente peligrosos" posiblemente siguieran empleando la O.G.P.U., la M.V.D. y los Comités de Seguridad Pública, pues una declaración análoga se había venido repitiendo desde 1922 por lo que se ve a delitos comunes, y por diversas leyes, no derogadas, seguían actuando administrativamente la O.G.P.U., la N.K.V.D., la M.V.D., la M.G.B. y el K.G.B. Hoy tales principios han tomando cuerpo en el nuevo Código Penal de la República Socialista Federativa Rusa, en vigor desde el 1º de enero de 1961, si bien este nuevo es una construcción perfectamente lógica basada sobre dos nuevas utopías que hablan de que el delito, sin distinción, es fruto del régimen capitalista y desaparecerá con éste; así como de que la convivencia comunista traerá una conciencia social que hará desaparecer el Estado, el gobierno estatal y aún las medidas de coerción. Existe en esa nueva Ley, además, una suposición anticipada sobre la existencia de tales condiciones prevista para el futuro, y por todo ello, naturalmente, su aplicación ha traído ya frecuentes reformas y rectificaciones.

Continente fue refrendada la adhesión a los mismos principios, según los puntos aprobados en el Primer Congreso Latinoamericano de Criminología, que tuvo lugar en Buenos Aires en julio de 1938 redactados de la siguiente manera: a) Que el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las sanciones, debe mantenerse en el Derecho Positivo como garantía de las libertades individuales que consagran todos los regímenes democráticos de América. b) La analogía, como fuente creadora de delitos o de sanciones debe proscribirse, no sólo por contrariar el principio de legalidad, sino también por razones fundamentales de técnica jurídica.

De acuerdo a todo este criterio universal, ampliamente fundado y revisado, corresponde nuestra legislación mexicana. Como lo indica el artículo 14 constitucional estableciendo que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino... conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Nuestro Código Penal, confirma, el principio de legalidad al definir el delito en su artículo 7º como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

No debe entenderse por "leyes penales" solamente las que se consignan en el Código especial de la materia, también las que corresponden a la tendencia esencial de reprimir una conducta por medio de sanciones penales, bien sea que se hallen insertas en conjuntos civiles, administrativos o de cualquier género. Estos preceptos donde quiera que se encuentre, se rigen por las normas y los principios generales de la materia, según el artículo 6º del Código Penal, que dispone: "Cuando se comete un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de éste Código".

La Constitución y los Acuerdos Congresionales transcritos y el refrán también en boga: nulla poena sine lege, hacen pensar en una legalidad para la aplicación de las penas, tan estricta como la correspondiente a la determinación de los delitos; lo cual no es así.

Son tres los fundamentos en que descansa el principio nullum crimen sine lege, y los mismos militan de distinta manera en favor de la legalidad de las penas: El primer fundamento, manifiesta la imperiosa imposición de la vida histórica que reprodujo el mismo fenómeno en distintas épocas y en distintos pueblos, como ejemplo, tenemos: la Magna Carta firmada por el Rey Juan sin Tierra cuando volvía de sus luchas con Felipe II Augusto de Francia. Estableciéndose en el artículo 39 que ninguna pena sería

impuesta, en lo sucesivo, nisi per legale iudicium, parium suorum vel per legem terrae.

Los mismos principios fueron adoptados por Las Petitions of Rights de Norteamérica, aparecen también consignadas en la Josefina Austriaca de 1787 y en la Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 26 de agosto de 1789 (artículo 8º: "Nul en peut etre punit qu' en vertu d' une loi etabli et promulguee anterieurement au delit et legalment appliquee").

De la Constitución Francesa se extendió el principio al mundo entero.

Como fundamentación científica se invocó por Feuerbach el propósito mismo de la penalidad, que es la coacción psicológica, para realizarse requiere la determinación previa de la conducta que se ha de evitar y del mal que traerá la desobediencia. Beiling estudia principalmente la legalidad, agregando Goldschmidt que "la cuantía de la pena conminada valorizada el bien jurídico protegido".

En el tercer fundamento de carácter filosófico, está la naturaleza misma de la Sociedad y de sus relaciones mismas con el individuo originando un conjunto de limitaciones al Estado y de garantías al individuo, obligando a tratar a éste como sujeto y no como objeto del Derecho.

Esta nueva consideración nos da una base sólida de sustentación planteándose ésta exigencia política al Rey Juan de Inglaterra asentándose en la Carta Magna.

El delito objetivo es considerado como un factor para la fijación de la pena, pero esa descripción objetiva no puede ser hecha en la ley sino en forma típica, por sus elementos esenciales y no con las particularidades que luego matizan la vida real, a fin de no descuidar los elementos subjetivos y para corresponder a cada caso concreto, es preciso convenir en que a la ley solo es dado señalar la naturaleza o especie de la pena, así como también los límites de su cuantificación para cada tipo delictivo, quedando necesariamente a los jueces y ejecutores de las sanciones el cuidado de individualizar éstas de acuerdo con lo que establezca la ley y con las circunstancias y particularidades de cada evento.

Satisfaciendo las exigencias políticas y científicas del principio nula poena sine lege, en tanto que la legalidad de los delitos es absoluta y estricta; y queda solo por balancear, por sus razones propias y por sus efectos

pragmáticos, la mayor o menor amplitud de la función legal y del arbitrio concedido a los jueces.

El justo equilibrio que debe existir entre la legalidad de la pena, por el peso que le dan sus fundamentos políticos, científicos y filosóficos, y el arbitrio que deberá reconocerse a los jueces para un ejercicio dinámico, humano, racional y más adecuado del Derecho, considerándose como uno de los problemas de más difícil solución por la cantidad de factores imponderables e imprevisibles, tan variantes en cada pueblo, en cada localidad y aún en cada caso.

Ciertamente, se puede afirmar que la legalidad dejara de existir, aún entendida como básica y no con sentido rigorista, si se abusa de la posibilidad de fijar penas alternativas hasta indicar tres o más para la lección del juez; si se multiplican con frecuencia o se amplían por su forma de aplicación, las facultades excepcionales de subsistir las sanciones o si el que se fija la cantidad de la pena, se adoptan límites tan distantes o se fija uno solo de ellos demasiado pequeño o demasiado grande, por lo anterior, se puede comprender que la legalidad se conserva como una simple apariencia engañosa y que, de hecho tienen los jueces, la facultad de señalar las penas.

No hay razones políticas ni científicas para equiparar de manera específica la jurisdicción penal de la civil, fuera de la determinación del delito y de la pena. Dicho problema queda planteado cuando se demuestra la comisión de un acto típico penal; y en la necesidad de resolverlo, suponiendo la concurrencia de dos leyes comprensivas del caso, ya sea por duplicidad simultánea o por substitución antes de dictarse la sentencia, ya se convendrá en la obligada legitimidad de que los jueces tomen las decisiones convenientes aun cuando su ley penal no les da la solución, formas de participación no precisadas de antemano; eximentes supralegales y en general todo aquello que signifique la estimación del delito concreto y de su autor, correspondiendo primordialmente al juez, para lo cual se requieren bases y orientaciones de parte de la fuente legal. En dichas hipótesis la legalidad se considera relativa y no indispensable ni estricta.

La falta de mención de la ley de una agravante no es caso de duda sino que plantea el problema específico y diverso de si el juez se halla limitado por términos estrictos de la ley, o puede aplicar su criterio dentro de los límites que para ello se le fijan.

Si se admitió ya que la fijación cuantitativa depende, en cierta medida, de los jueces, es ineludible reconocer que la estimación de las causas en que se ha de fundar el ejercicio de esa atribución, a menos que sea

considerada caprichosa y arbitraria, corresponde a los mismos jueces suplir las inevitables omisiones de la ley para lograr una mejor individualización de la condena.

Si un hecho no está prohibido por la ley, si no es delito en la vida jurídica, aún cuando pueda estimarse así en la esfera sociológica y prejurídica, no hay base para enjuiciar a sus autores, nada se debe hacer en lo jurisdiccional, sino que el estudio y las actividades represivas corresponden a los legisladores. Si se ha cometido un acto legalmente delictuoso, el juez debe dictar una sentencia e imponer una sanción, legal por su naturaleza y sus límites pero adecuada a las particularidades del delito y del delincuente, aún cuando la ley no las haya previsto o no las haya mencionado. Con esto último no se violan los principios políticos, científicos ni filosóficos en que se apoya la exigencia estricta de legalidad de los delitos, y relativa de la legalidad de las penas, tal como se ha estudiado.

Para finalizar diremos que la Ley Penal es la única fuente de inspiración judicial sobre la naturaleza delictuosa de una conducta y sobre la naturaleza y cantidad (por límites) de las penas aplicables; en lo demás debe entenderse que los códigos dan reglas que se aplican con las mismas facultades, aún supletorias, concedidas a la jurisdicción civil; y es materia solo de conveniencia, aunque muy delicada e importante, el ampliar o restringir las esferas de acción correspondiente a la ley, a los jueces y a los ejecutores de las condenas, para que lleguen, coordinados, a la mejor individualización de las penas.

5. INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

1.- Concepto y naturaleza

Ha sido abandonada la tesis que sostenía que la esencia y problemática de la interpretación en la vertiente del Derecho Penal difiere de la interpretación de disposiciones pertenecientes a otros sectores del ordenamiento jurídico, haciéndose la salvedad en lo que respecta a la interpretación analógica.

Por tales razones se puede afirmar que el acto interpretativo es necesario en Derecho Penal y puede definirse como la indagación del verdadero sentido y alcance de la norma jurídica en relación con el caso que por ella ha de ser reglado.⁸⁹

⁸⁹ La definición la utiliza CASTAN para definir la interpretación de la norma perteneciente al Derecho Privado, pero la encuentro perfectamente aplicable al Derecho Penal.

Al finalizar semejante operación; el intérprete, aunque no crea Derecho, coopera a su creación en cuanto extrae de la ley -redactada en abstracto- los elementos que habrán de servir para decidir, conforme a ella, el caso concreto.⁹⁰

Toda ley tiene un sentido y su proyección debe abarcar una determinada zona de la actividad humana (su alcance), pero no en toda ley aparece suficientemente claro este sentido y alcance.

Primeramente el jurista debe indagar la voluntad de la ley o la voluntad del legislador, es decir, si lo que hallar es lo que quiso decir el legislador con las palabras de la ley o a lo que se refiere la ley en el contexto socio - cultural que constituye el momento histórico en que se interpreta. Una vez que la ley es puesta en vigor a veces muy largo en la Historia, adquiere independencia plena de quien o quienes la elaboraron y de la circunstancia histórico-social para que nació, en ocasiones también muy distinta e históricamente muy lejana de la que se da cuando se interpreta.

En la antigua doctrina se afirmaba que el acto interpretativo debe hallar la voluntad del legislador. La moderna entiende que es la voluntad del legislador. La moderna entiende que es la voluntad de la ley lo que corresponde al intérprete esclarecer.⁹¹ Las razones que fundamentan esta opinión hoy dominante son:

a) Se considera que en la actualidad no existe un legislador de carne y hueso, un único elaborador de la norma, cuya voluntad pueda constituirse en objeto de la indagación. En las cámaras legislativas, las leyes se hace por muchas personas; variadas, contrapuestas muchas veces las voluntades que intervienen. Por lo que la voluntad, generalmente es pactada, para satisfacer distintos criterios.

b) En nuestros días, la evolución social, exige que leyes dictadas para un contexto histórico - social muy diferente se aplique al actual, y de esta manera obligar al intérprete a sacar las normas jurídicas todas sus posibilidades de aplicación.

⁹⁰ En este sentido, F. ANTOLISEI, *manuale di Diritto Penale*, Milano, 1963, p. 59. Para G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 103, "la interpretación es un acto de conocimiento y no un acto de voluntad creadora de preceptos jurídicos".

⁹¹ En este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 104; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, cit., p. 45; M. COBO y T.S. VIVES, *Derecho Penal*, cit., p. 106.

c) La teoría que mantiene que objeto de la interpretación es la indagación de la voluntad del legislador produce la fosilización de la ley, porque lleva a la rigidez e inmovilidad de la misma, la cual resulta ineficaz para dar respuesta a las nuevas situaciones delictivas cuya incriminación cabe en el marco de la ley sin forzarla analógica ni extensivamente.⁹²

2.- Clases de interpretación

A) La interpretación así permitida, se clasifica, por su origen, en auténtica, doctrinal y judicial.

a) Se dice que la interpretación auténtica, es aquella que hace el mismo legislador explicando un texto, fijando el sentido en que, para su aplicación, deben tomarse las palabras o expresiones que lo componen y determinando su forma correcta de uso. Un ejemplo, serían las Leyes de Estilo dictadas para complemento del *Especulum*; los decretos que con frecuencia se dictan con el fin de aclarar una ley recientemente o poner fuera de duda alguna de sus formas de aplicación; y por lo que toca a nuestro Código Penal, las múltiples disposiciones que en él tienen ese mismo propósito, por ejemplo, las contenidas en los artículos 8, parte final, segundo párrafo del 19, 22, etc.; y en la parte especial, las contenidas en los artículos 145, 165, 193, 315, 317, 318, 319, 381, segunda parte del inciso II, etc. Dichas leyes interpretativas son aplicadas con un aspecto de retroactividad, pero legítimamente, cuando se resuelven casos anteriores a su expedición pero no a la vigencia del precepto que se interpreta o aclara y que, en rigor, es el que se aplica.

b) Por lo que se refiere a la interpretación doctrinal, se dice que, es la que propugnan los especialistas, en estudios, artículos, conferencias, cátedras y tratados, cuya fuerza descansa en los razonamientos con que se expone cada opinión, más que en la autoridad que se pueda reconocer a sus expositores.

c) La interpretación judicial es aquella que hacen los tribunales acatando por completo la interpretación auténtica en los puntos en que exista, tomando en cuenta la doctrinal para ilustrar las cuestiones que se les someten, usando su propio criterio de acuerdo con los métodos adecuados y dentro de las especialidades que requiere cada materia.

B) Desde otro punto de vista, por sus resultados, la interpretación puede ser declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

⁹² En el mismo sentido, ANTOLISEI, *anuale. cit.*, p. 62.

a) Se considera declarativa, cuando sólo expresa el significado estricto de la disposición.

b) Es extensiva, cuando comprende, por referirse al espíritu de la ley y no sólo a su forma literal, ya sean casos, circunstancias, elementos o condiciones que en un rigor gramatical pudiera creerse que no están expresados en el precepto.

c) Es restrictiva cuando se descubre que las palabras tienen mayor vaguedad o amplitud de la que conviene a la intención o a la mente de la ley y se desecha todo lo que no es idóneo a estas últimas, aun cuando en los términos impropios o descuidados del precepto pudieran caber. Lo anterior ocurre principalmente cuando, por tratarse de una materia como la penal que impone situaciones excepcionales y restrictivas o privativas de los derechos del hombre, debiendo limitarse su aplicación a los casos expresa o ciertamente formulados y, en caso de que exista alguna duda, dejar que prevalezcan las reglas normales de trato igual, de libertad y de respeto para el ciudadano que se está juzgando, sin tenerle como reo de un delito incierto y evitar que sea objeto de sanciones impuestas por analogía o por ampliación de lo establecido en el texto legal (artículo 11 del Código Civil).

d) Se dice que es progresiva, cuando atiende a elementos cambiantes de cultura, de costumbre y de medio social comprendidos en la ley o supuestos por ella, evolucionando de acuerdo con estos factores, aún cuando no sea alterada la redacción del precepto.

El maestro Ignacio Villalobos al mencionarnos estas clasificaciones y al hacer referencia a la progresiva, dice que como ejemplo se pueden observar los esfuerzos que la Suprema Corte ha hecho, tal vez rebasando los límites de la simple interpretación, en lo que se refiere a los menores de edad.

Cuando se formuló la Constitución Federal de 1917, los delinquentes menores de edad se consideraban como irresponsables o con una responsabilidad atenuada, y se les imponían medidas que más o menos eran represivas en cuanto a los propósitos educativos y preventivos.

Los artículos 14, 16, 18, 19, 20 y 21 constitucionales garantizaban la libertad material de toda persona, siempre y cuando el requisito para otorgar esta libertad fuera de menor afectación; sin embargo, cuando el Código Penal se inspiró en principios de mera pedagogía, considerando al menor de edad como materia dúctil, es decir, que no hay personalidad formada sino urgencia de vigilar esa formación, por lo cual autorizó procedimientos libres, sin autos de

formal prisión, sin términos, sin audiencia de padres, tutores, representantes, etc., ahora la Suprema Corte ha querido interpretar los preceptos constitucionales de acuerdo con el progreso apuntado y negando la aplicabilidad de las garantías relativas a la libertad, que interpreta como referentes a la materia penal y no a la "tutelar", como es la que se refiere hoy a los menores esta interpretación forzada y excesiva quiere en el fondo del contenido, desentrañar su sentido. Puede ocurrir que en las leyes penales como en otras, el texto no se encuentra expresado con claridad; por lo que será preciso limitar y determinar sus alcances. Aún cuando la ley sea clara, será urgente entender su contenido para poder adecuar a ella el caso concreto.

3.- METODOS

Por lo que se refiere a los métodos, para iniciar una tarea de interpretación, debe entenderse la fijación del texto, ya que se trata de desentrañar su contenido. Se partiría de una base falsa si no se aplicara el estudio a la propia y exacta disposición legal sino a una versión alterada o supuesta de la misma.

Para la redacción auténtica del precepto, se analizará cuidadosamente sus términos por su valor idiomático, si alguno de ellos e empleara con sentido técnico, científico o jurídico, apegándose a éste significado y no a su aceptación vulgar. Se trataría de un método gramatical.

Por otra parte, el método sistemático, consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, esto es, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se realicen con el punto que se trata de aclarar. En este aspecto pecan de ligeros, quienes aseguran que nuestro Código adoptó la responsabilidad social por el hecho de que entre las excluyentes de responsabilidad que menciona el artículo 15 no se toma en cuenta la enajenación de principios contenidos en el artículo 8º. Estableciendo, "Los delitos son intencionales o de imprudencia", por tanto, y mediante una debida interpretación sistemática, si se considera que el acto típico de un enajenado no es intencional ni imprudente, de acuerdo a nuestro Código no es siquiera un delito sino un acto antijurídico ejecutado por un sujeto peligroso (no responsable) contra el cual es obviamente necesario tomar medidas de seguridad (no aplicar penas). Recordemos que la culpabilidad sólo existe cuando hay voluntad de ejecutar un acto, sostenida y llevada a cabo a pesar de conocer la naturaleza ilícita del acto que se ejecuta.

Dentro del propósito del método sistemático, se debe tomar en consideración todo el conjunto o régimen jurídico del Estado y no sólo la ley

penal, pues ésta supone los tratados celebrados con otros países, apoyándose en las bases constitucionales, debiéndose coordinar con las leyes civiles y administrativas que constituyen, por hipótesis, una unidad. Es preciso coordinar todas las disposiciones que se refieren a un mismo asunto; si llegar a existir oposición entre algunas de ellas, es necesario reconocer la jerarquía que existe entre sus diversas fuentes, dando preferencia a los compromisos internacionales; a la Constitución Local, si se trata de un Estado componente a la Federación; a las leyes especiales, cuando las haya sobre el caso; y por último, a las leyes generales y sus reglamentos.⁹³

Todo lo anterior obedece al único método de interpretación que se identifica con la interpretación misma: el método teleológico que atiende al fin de la ley, para aclarar de este modo todos los métodos y pasos que se han de dar en esta labor de interpretación. A partir de este método teleológico, adquieren su propia significación los tipos de los delitos, según el interés o bien jurídico que trate de protegerse, habrán de variar las consecuencias, los casos de aplicación, las exigencias y el ambiente creados por cada tipo legal.

Esta interpretación tiende a descubrir la voluntad de la ley o el sentido de disposiciones esencialmente imperativas, ya que no es lo mismo descubrir el fin de una ley que hacer su total interpretación: aquél es guía y orientación para lograr ésta; pero la última, como medio de realizar aquél fin,

⁹³ Si lo dicho se tuviera presente, habrían terminado las dudas acerca de si los Tribunales del Fuero Común deben abstenerse de aplicar una ley anticonstitucional o si el declarar esto queda reservado a los Tribunales Federales y sólo puede hacerse mediante el juicio de amparo, pues la sola interpretación sistemática, si se trata de una ley en desacuerdo con lo preceptos de la Constitución, ha de prevalecer a éstos. El juez o tribunal que aplicara una ley anticonstitucional, con plena conciencia, violaría la protesta hecha de cumplir y hacer cumplir la Constitución Federal, y llevaría justamente, en amparo solicitado en su contra, el calificativo de autoridad responsable.

El error contrario puede prevenir, como es frecuente, de la lectura de autores que comentan sistemas diferentes al nuestro, pues si existiera un Supremo Poder Conservador como el que creaba nuestra Constitución de 1836; si hubiera una acción para la declaración de anticonstitucionalidad de las leyes o de los actos, con efectos erga omnes, como la hay en el Brasil; o si contáramos con una Corte Constitucional, como en Italia, con la competencia declaradamente exclusiva para resolver, aun de oficio, la constitucionalidad o anticonstitucionalidad, y consiguiente supervivencia o desaparición de las leyes y de los actos, bien estaría; pero si apenas tenemos un amparo individual, para cuando ya se haya violado una garantía constitucional, aun cuando sólo sea por la expedición de leyes que lleven implícito de un principio de ejecución, y en favor de aquel que se queje del atentado, sin perjuicio de que las mismas leyes o los mismos actos reconocidos y declarados como anticonstitucionales sigan produciendo efectos en perjuicio de quienes lo aguanten o no soliciten oportunamente su propio amparo, es claro que la primera obligación de todo juez, de todo tribunal y de toda autoridad consiste en no violar la Constitución del País, aplicando sus preceptos y no aquellos particulares que los contradigan, y quedando el amparo como recurso extraordinario para cuando se falte a ese primordial deber. Por eso el artículo 133 de la misma Ley Fundamental dispone: ... "los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes (que de ella emanen) y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados".

tiene sentido particular y reúne consecuencias y especialidades que son derivaciones más o menos próximas o más o menos remotas del conocimiento de aquel fin perseguido. Por ejemplo, para aclarar lo dicho: la sanción de la bigamia ha tenido como fin proteger distintos intereses a través de la Historia. Como uno de los *delicta carnis* entre los romanos, fue tenida por los franceses como un desacato a la mera institución del Registro Civil, cuando recién creado éste se quiso asegurar toda la seriedad y respetabilidad que le corresponde como institución pública; y posteriormente, sin apegarse limitativamente a uno ni a otro concepto, se consideró una especial antijuridicidad cuyo contenido acaso es el ataque a la unidad familiar como una de las bases de nuestra civilización occidental. De lo anterior queda descubierto el fin de una ley, conforme a la Ley Romana, no se consumaría el delito por otra parte las personas unidas por el segundo matrimonio no hubieren realizado el contacto carnal, en tanto que para la Ley Francesa bastaría la firma del acta en que los contrayentes se presentaran falsamente como aptos para contraer nuevo matrimonio. Este ataque al estado civil constituiría un delito instantáneo y desde el momento en que se cometiera correría el término para la prescripción de la acción penal, fijándose las competencias legales y judiciales de acuerdo al lugar en que se hizo levantar el acta del segundo matrimonio; en cambio, bajo los supuestos del *delicta carnis*, ya sea el de la infidelidad o el del ataque a la unidad de la familia, es cosa de pensar si se trata de un delito continuo con todas sus consecuencias.

El método histórico consiste en ponerse en las mismas condiciones en que se produjo la disposición con el fin de advertir la necesidad que provocó su expedición, el mal que trató de remediarse, el hecho social que se quiso impulsar, mantener o prevenir, el interés que debió ampararse jurídicamente, las leyes o doctrinas que sirvieron de modelos o de inspiraciones y aun el sentido usual que tenían las palabras o frases empleadas. Todo ello contribuirá a trazar la línea directriz hacia el fin que se propuso la ley de que se trate y hacia la exacta interpretación de la misma.⁸⁴

Ya para concluir este tema, se reitera la advertencia que tantas veces se ha hecho: la comparación de las leyes de un Estado con las de otros, apenas si es un método auxiliar para la interpretación por el fondo común de la cultura y de inspiración jurídica que ha llegado a existir entre la mayoría de los pueblos. Las opiniones y comentarios de tratadistas extranjeros suelen formar

⁸⁴ Es muy conocido y puede servir de ejemplo sobre éstas investigaciones históricas, lo que se dice acerca del ataque peligroso que sanciona el artículo 306 del Código Penal. Desde el día 19 de diciembre de 1936 formule dictamen que se aprobó por el C. Procurador General de Justicia del Distrito y de los Territorios Federales y que aparece publicado en la página 457 y siguientes del tomo XVI de la Revista Anales de Jurisprudencia, en que hice notar, independientemente de la redacción del citado precepto que claramente tiende a sancionar un delito de peligro, incompatible con el delito de lesión del mismo bien jurídico (la vida), que no es posible acumular en una misma acusación o en una misma condena.

parte, lato sensu, de la llamada "interpretación doctrinal"; pero para valerse de tales recursos ha de examinarse previa y cuidadosamente si en realidad las leyes extranjeras que se comparan o cuyos comentarios llegan a las manos, corresponden realmente a un mismo sistema jurídico, a la misma teoría fundamental a que responden las leyes que se estudian, pues en caso contrario su redacción y los comentarios y exposiciones relativos solo pueden tener el valor del contraste.

CAPITULO II

LA PARTICIPACION DELICTUOSA EN EL DELITO

SUMARIO:

- 1.- Concepto de Participación.
- 2.- Naturaleza de la Participación
- 3.- Grados de Participación.
- 4.- El Encubrimiento como forma de participación y como Delito Autónomo.

1.- Concepto de participación.- Frecuentemente se considera el delito como aquella conducta que realiza un solo hombre, sin embargo, puede concurrir, y de hecho concurren con frecuencia varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal, en estos casos se dice que hay una participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito. Por lo tanto la participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Desde el Derecho Romano se reconoce que toda participación queda condicionada, para serlo y para ser tratada como tal, a que el delito se realice en un grado punible.⁹⁵

La distinción entre delitos unisubjetivos y plurisubjetivos, es la siguiente: es delito unisubjetivo la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo el concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, más es posible su realización por dos o más personas; considerándose unisubjetivos el homicidio, el robo, la violación, etc., el adulterio es plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo (a menos que opere a favor de uno de los sujetos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hechos esencial e insuperable); igualmente la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos. Si en la descripción típica no se determina como necesaria la concurrencia de dos o más personas, el delito sigue siendo monosubjetivo aún cuando en forma contingente intervengan varios sujetos. Por ejemplo el homicidio, v. Gr., es siempre unisubjetivo porque de acuerdo con el artículo 302 del Código Penal, basta sólo un agente para su realización, con independencia de que, en ocasiones, se ejecute por una pluralidad

⁹⁵ L. 53, párr. 13, D., 47, 2; 1, 15, párr. 10, D., 47, 10; 1, 9, P.I., d., 48, 5. Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano, 5ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1990.

de individuos. Por el contrario, los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse con la conducta de un hombre, sino esencialmente por la de dos o más, como ocurre, por ejemplo en la figura que establece el artículo 141 (reformado) del Código Penal que dice: "Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título y acuerdo los medios de llevar a cabo su determinación." Haciendo referencia al mismo delito de homicidio, si diversos individuos intervienen, tanto en la planeación cuanto en su ejecución y toca a cada uno distinta actividad dentro del mismo propósito concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configuran el concurso eventual o participación.

2. NATURALEZA DE LA PARTICIPACION. Tratado de explicar la naturaleza íntima del fenómeno, con un propósito sintetizador pueden circunscribirse a tres, a concluir: De la causalidad; de la accesoriedad y, de la autonomía.

a) Teoría de la causalidad.- El elemento objetivo del delito precisa que el hecho se integra por una conducta, un resultado y un nexo causal. Con base en la causalidad se intenta resolver el problema de la naturaleza de la participación, al considerar que el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y les hace responsables del mismo, o sea en el hecho de que todos concurren a la causación del evento producido, aportando cada uno algún influjo para su perpetración y teniendo por ello responsabilidad en el delito.

A Von Buri se atribuye esta valiosa observación, aun que injustamente se le hace cargo de haber formado la equivalencia de todas las causas concurrentes, sobre argumentos ligeros, para concluir volviendo a los sistemas del Derecho Romano, largo tiempo abandonados, que asignaban la misma pena para todos los partícipes.⁹⁶

b) Teoría de la accesoriedad.- Se le da este nombre por que considera autor del delito sólo a quien realiza los actos (u omisiones) descritos en el tipo legal; la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tienen como accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la fundamental. El delito producido por varios sujetos, único e indivisibles, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondientes a los partícipes.

c) Teoría de la autonomía.- Según esta teoría, el delito ejecutado por varios individuos, pierden su unidad al considerar que los concurrentes a la realización del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así

⁹⁶ Véase al respecto, en el Tratado de Sebastián Soler la nota que aparece en la página 250 del tomo II.

diferentes delitos, cada uno de ellos con vida propia. Los que intervienen ya no son considerados "participes", habido cuenta de la autonomía de su conducta; en relación a la actuación de uno no se le comunican los hechos de los demás. Sólo son admisibles "individualmente" las causas excluyentes de responsabilidad, o aquellas consideradas calificativas y modificativas. Dicha corriente es clasificada como pluralística, ya que admite varios delitos, en oposición a las dos anteriores, llamadas monísticas o unitarias, por considerar que autor y participes producen un delito único.

Aclaración. Evidentemente en el delito realizado por varias personas (cuando el tipo no exige la plurisubjetividad), sólo deben tenerse como delincuentes quienes concurren con su influjo a la causación del hecho descrito por la ley. Es conveniente no perder de vista que la teoría de la causalidad sólo resuelve el problema de la determinación de la causa en el mundo fenomenológico; por tanto, urge tener presente lo expuesto sobre el particular, en cuanto a que precisa examinar si el comportamiento de quien contribuyó a constituir la causa productora del resultado, quedó matizado de delictuosidad, en función de todos los elementos del ilícito penal. De manera rigorista, la teoría de la causalidad, ha afirmado que para ella no existe diferencia entre delincuentes principales y accesorios, y por lo tanto, todos son responsables en igual grado. Considerando que no todo el que contribuye con su aporte a formar la causa del resultado, es delincuente, ni esencialmente todos los que resulten codeincuentes tienen la misma responsabilidad; realizando un análisis no sólo del factor objetivo, sino también los elementos del delito y el subjetivo. Es necesario realizar un estudio de las conductas concurrentes para diferenciarlas y aplicar los tratamientos y las sanciones de manera personal, sobre la base del aporte no tan sólo físico o material, sino también psicológico de cada individuo. Entendida de esta manera la teoría de la causalidad, concluye los problemas sobre la naturaleza de la participación. La diversa formas de participación en el hecho punible, porque " la equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica..."⁹⁷ para concluir con la teoría de la causalidad, se debe admitir, en un mismo delito, diferentes grados de participación, de donde se conciben diversas responsabilidades y penas distintas.

3. GRADOS DE PARTICIPACION (ELEMENTOS OBJETIVOS).- En 1971, el Código Penal de acuerdo con la técnica que predominaba en esa época, distinguió los siguientes grados de participación:

Los autores del delito;
 Los cómplices, y
 Los encubridores.

⁹⁷ Tratado de Derecho Penal. t. II, págs. 289 y ss. 3ª Ed. Madrid, traducción de Rodríguez Muñoz.

Tal distinción se ha conservado en la doctrina, en el lenguaje común y en el espíritu de nuestra leyes, si bien ya no se toma en cuenta esa diferenciación material como singular dato para concretar la penalidad, según se ha explicado, por otra parte niega de manera rotunda que los encubridores sean partícipes en la comisión de un delito, pues basaba la inteligencia de la participación en la teoría de la causalidad, ha brincado a la vista, como una consecuencia de bulto, que toda acción posterior a la consumación, sino se realiza por acuerdo previo o como un ofrecimiento anterior que sirva de interés para la comisión del delito, no se trata de un aporte, ya constituido y completo, aunque acaso sea conexo con él y por consiguiente resulte perjudicado por un mayor o menor gravedad.

El mencionado Código disponía, en sus artículos 219 y 220, que al cómplice de un delito se le sancionara con la mitad de la pena que le correspondería si fuera el autor; y con encarcelamiento menor o mayor a los encubridores. La Ley de 1931 ha suprimido esta separación: enumera a todos los que estima que pueden ser responsables, evitando marcar toda distinción en grupos y aún incurriendo en cierto desorden al interponer a los cómplices y a los encubridores entre aquellos que conciben, preparan o ejecutan el delito y los que "inducen directamente a otro a cometerlo", no obstante que éstos pueden considerarse también como autores (intelectuales o morales), al igual que aquellos primeros que contribuyen en la concepción, preparación o ejecución del delito; y acceden luego a guardar la pena entre los límites generales fijados para el delito y no entre límites especiales que ya no señala para cada grupo de partícipes.⁹⁸

Al mencionar el precepto a las "personas responsables de los delitos" se refieren sólo al grado de participación material y que dicha pena debe fijarse "según la participación de cada delincuentes", esta disposición debe interpretarse juntamente con la general contenida en el artículo 51, que dice: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecida para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuentes". Los factores subjetivos o peculiares del delincuente se desarrollan luego en el artículo 52.

El artículo específico que se refieren a la participación es el 13, y fue redactado de la siguiente manera: "Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución del delito; o prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie, por concierto previo o posterior: o induce directamente a

⁹⁸ Aquellas tan traídas y llevadas frases de FERRI sobre que a veces el auxiliar de un crimen es más peligrosos que el autor del mismo, no eran desconocidas para los legisladores de 1871. pues en su sistema de Francia declarada distinción entre los autores y los cómplices, con penas diversas para cada una de esas categorías, se decía en el diversas para cada una de esas categorías, se decía en el artículo 49: "Son responsables como autores de un delito:.

alguno a cometerlo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente".

Los autores de este Código subrayan el hecho de haber suprimido las denominaciones distintivas de autores, cómplices y encubridores, pero agregan: "Esto no quiere decir que para el Código vigente ya no existan grados de coparticipación en la empresa delictuosa sino que toca al juez precisar ese grado".⁹⁹

Resulta imprescindible considerar la situación particular de cada sujeto en el delito, por lo que ve a su grado de participación material, por ser un factor, aunque no el único, de su responsabilidad.

Los que ejecutan hechos que, aunque a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente".

a) Autores.- Al tomar la decisión de separar el concepto de accesoriedad como fundamento de la responsabilidad de los partícipes, veremos cómo desaparece aquella limitación que por algún tiempo se consideró conveniente el título de "autores" sólo para aquellos que ejecutan el acto material constitutivo del delito, pues tal cosa tenía por objeto fijar el centro de donde pudiera irradiar la responsabilidad para todos los que actuaran en relación con él, como agente "accesorios" del verdadero delincuente.

Actualmente podríamos decir que son autores todos los que contribuyen una causa eficiente del delito; y dichas causas son siempre una actuación u una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, lo cual no impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto, de autores materiales, que serán los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal; autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza, "como voluntad que

⁹⁹ CENICEROS Y GARRIDO: LA LEY PENAL Mexicana, p. 57; GONZÁLEZ DE LA VEGA. Código Penal Comentado.

La reforma substancialmente intranscendente, que se publicó en el Diario Oficial correspondiente al 9 de marzo de 1946, no hace sino manifestar con mayor claridad esa tendencia a distinguir los autores, los cómplices y los encubridores, separando además una categoría que, por lo menos parcialmente, pudiera considerarse de autores: "los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución" de los delitos, de otra (también de autores) compuesta por "los que inducen o compelen a otro a cometerlos". Esta separación quizá se inspire en el Código Alemán de 15 de marzo de 1971, que consagraba la doctrina de la accesoriedad y consideraba a los instigadores y a los cómplices como partícipes en el delito de otro" (véase MEZGER, T. II, No. 57-I).

El precepto reformado dice hoy son responsables de los delitos:

Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.

Los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución; y

IV. Los que en caso previstos por la ley, auxilien a los delincuentes una vez que estos efectuaran su acción delictuosa.

opera sobre otra voluntad", incitando a cometer la infracción; autores por cooperación, siempre que se presta un auxilio necesario para llevar a cabo la consecución del fin delictivo; y en relación a los autores mediante, que son aquellos que realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad, ya que no es participe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal.

Todo instigador sale de la esfera netamente psíquica y actúa en el exterior de su persona, ya que de otra manera no podría pensarse en una responsabilidad jurídica de su parte, por tal motivo los tratadistas, mejor que "autores intelectuales" o "autores morales", han preferido llamar a esta categoría de partícipes "autores por inducción", pues para ser responsable un autor material, debe concurrir en él la voluntad y el entendimiento de su acto, en ausencia de tales requisitos dejaría el individuo de ser sujeto de atribución del delito como tal, la responsabilidad se concentraría exclusivamente en el inductor y pasaría éste a ocupar la categoría de autor mediato del delito.

Autores materiales o por ejecución. Son aquellos que realizan el acto directamente constitutivo del delito, es decir, disparar el tiro mortal, etc.

Autores intelectuales o por inducción. Son aquellos que no realizan por sí un delito pero consiguen que otro lo realice, mediante medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido. Manzini, en el número 425 de su Tratado (Traducción de Santiago Sentis Melendo, tomo III pág. 267), menciona: "para juzgar de la eficacia del medio empleado convendrá examinar la naturaleza de la unión entre el sujeto activo y el pasivo de la determinación, el grado de la fuerza de voluntad de cada uno, la más o menos fácil sugestibilidad del sujeto pasivo por medio de una mirada, o expresión, la insistencia, una clara proposición, una designación autoritaria, incitación demagógica (como en muchedumbres tumultuarias), etc. Estos medios que utiliza el sujeto activo y así sucesivamente, se puede determinar a otro al delito y asumir consecuentemente, se puede determinar a otro al delito y asumir consecuentemente su responsabilidad cuando en realidad se haya logrado formar en el espíritu ajeno el objeto (o la aceptación) de cometer un cierto delito."

Autores por cooperación. La Teoría de la Causalidad señala a aquellos que no realizan el acto a que se refiere la descripción legal del delito, ni inducen a ello directamente, pero sí prestan auxilio necesario para una u otra cosa, o sin su ayuda no hubiese sido posible la consumación delictuosa. Por ejemplo este sujeto podría revelar los planes, lugares o secretos sin cuyo conocimiento no se pudiera tener acceso al tesoro que trata a B por A, con arma blanca, advirtiendo que el agredido se apresta a la defensa y es más fuerte o empuña para ello una pistola, le sujeta la mano facilitándose a A que logre sus propósitos.

Autores mediatos. Sebastián Soler, entre otros, menciona que dichos autores plenamente imputables, se valen de un sujeto excluido de responsabilidad para llevar a cabo la ejecución material del delito. No delinque con otro sino a través de otro, utilizado como instrumento.

Maggiore¹⁰⁰ clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) Según el grado, la participación puede ser principal cuando se consume el delito, y accesoria; cuando atiende a su preparación.

b) Según la calidad, la participación puede ser moral por medio de la instigación, determinación o provocación; y física, en cuanto al mandato, orden, coacción, consejo y asociación.

c) Por lo que se refiere al tiempo, la participación es anterior, si dicho acuerdo es previo a la comisión del delito precisando en ese momento la intervención de cada partícipe; concomitantes, si la temporalidad está referida al instante mismo de la producen después del evento, pero con previo acuerdo, y

d) Según su eficacia, la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste requiera o no, para su realización, el auxilio de personas.

Existen participación moral. Cuando atiende al carácter psíquico del aporte del autor principal; y física si dicho aporte es de carácter material realizándose dentro de la fase ejecutiva del delito

La instigación se lleva a cabo cuando el sujeto "quiere que el hecho lo produzca otro; a través de la psique de otro, determinando en este la resolución de ejecutarlo".¹⁰¹ La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, ejecutando actos o procurando consejos, por medio del convencimiento para después reforzar la idea inicial y orillar a producir el delito.

El mandato existe cuando se encomienda a otro la ejecución del delito, en beneficio exclusivo del que ordena. La orden es una forma de mandato del superior al inferior abusando de su autoridad. La coacción se lleva a cabo cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo, es una forma de "instigación y logra inducir a otro a cometer el delito en beneficio del instigador". La

¹⁰⁰ Derecho Penal, t. II. PÁG. 108, 5ª. Ed., Bogotá, 1954.

¹⁰¹ Derecho Penal Argentino, t. II, págs. 258 y ss., Buenos Aires, 1956.

asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito que beneficiara a todos los asociados.¹⁰²

4.- EL ENCUBRIMIENTO COMO FORMA DE PARTICIPACION Y COMO DELITO AUTONOMO. En nuestra legislación penal, el encubrimiento se encuadra tanto como forma de participación (artículo 13, fracción IV), como delito autónomo (artículo 400). Si se considera a la participación como la vinculación de los sujetos que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del delito, evidentemente no puede el encubrimiento ser considerado como una forma de aquella, excepto el caso excepcional de que la acción posterior al delito, fue acordada previamente. Fernández Doblado refiere a esta cuestión lo siguiente: "Como consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en el delito con la teoría de la causalidad, se rechazó de aquella toda forma de intervención que no tuviera influjo causal en el resultado, es decir, sin poner condición anterior a éste; ahora bien, entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con los anteriores y concomitantes, a los posteriores; en este último caso, estos deben estar unidos al delito en relación de causa a efecto, como sucede con la promesa anterior, al hacer referencia a la participación."¹⁰³

En nuestro Código el artículo 13, fracción IV dice: que el encubrimiento no integra una forma de participación; puesto que la participación del encubridor es posterior al delito y para que se lleve a cabo la participación requiere una contribución a la producción del resultado. De conformidad con los preceptos 13 y 400, debemos entender que por la referencia que se hace al encubrimiento, establecida en al fracción IV del 13 (forma de participación), sólo opera si hubo acuerdo previo a la ejecución; de lo contrario el sujeto sólo podrá ser sancionado como simple encubridor, en los términos del artículo 400 del Código Penal. Por ejemplo, si antes de cometerse un delito de homicida y esconder el instrumento del delito, aún cuando su comportamiento sea a posteriori, resulta participe del homicidio. Si realiza la misma actividad, mas sin ponerse de acuerdo con anticipación con el homicida, su conducta típica el delito de encubrimiento, de conformidad con el artículo 400.

¹⁰² Cfr. MAGGIORE. Op. Cit., pág. 109.

¹⁰³ "La Participación y el Encubrimiento". Criminalia, núm. 6, junio de 1959.

CAPITULO III

LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTRA LA SALUD

SUMARIO:

1. Concepto del delito.
2. La acción en el Delito Contra la Salud.
3. La Coparticipación delictuosa con la Relación de Causalidad.
4. La Culpabilidad en el Delito Contra la Salud.
5. Los Partícipes y la Tipicidad en Delito Contra la Salud
6. La Antijuridicidad en el Delito Contra la Salud
7. Consecuencia de la Conducta observada por los partícipes.
8. Aspectos de privilegio y de gravedad en la punición de las conductas de los copartícipes.

1. Concepto de Delito. La palabra delito deriva del latín "delinquere", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero que marca la ley.

En el transcurso de la Historia, muchos autores se han dado a la tarea de encontrar una definición del delito que tenga validez universal, filosófica y esencial. El delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de época, los acontecimientos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario, acciones no delictuosas, han sido constituidas en delitos. Pero a pesar de tales dificultades, es posibles caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales que determinan los atributos esenciales.

Para Francisco Carrara, principalmente exponente de la Escuela Clásica, establece al delito como la infracción de la ley de Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, derivado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.¹⁰⁴

Se pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, en la Escuela Positiva; resultado necesario de factores hereditarios y de fenómenos sociológicos, para el jurista positivista Enrique Ferri el delito es la acción determinada por motivos individuales (egoístas) y antisociales, que turban las condiciones de vida y contraviene a la moralidad media de un pueblo en un momento proporcionado.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Carrara, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo I. San José de Costa Rica, Editorial Tamis, 1889.

¹⁰⁵ Ferri, Enrique. Principi di Diritto Criminale. Torino Editorial Unión Tipográfica, 1928.

Eugenio Cuello Calón sostiene que el delito no es una creación artificial, un puro concepto jurídico, sino una modalidad de la conducta humana. No se concibe un delito sin delincuente, sin un sujeto que reúna las condiciones exigidas por la ley para poseer la capacidad de cometer delitos, el delito sin delincuente carece de contenido. Por lo cual ambas nociones; es decir, delito y delincuente, están tan íntimamente ligadas que repugnan ser separadas una de otra y estudiadas como conceptos diferentes.¹⁰⁶

Para Luis Jiménez de Asúa, el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.¹⁰⁷

El artículo 7º de nuestro Código Penal Señala:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Las definiciones anteriores se han emitido a través del tiempo en relación con la definición que diferentes tratadistas dan al concepto del delito.

2. La Acción en el Delito Contra la Salud.

La conducta jurídica del hombre se desenvuelve en una actividad o en una inactividad voluntarias: el actuar voluntario es el aspecto positivo de la conducta; y el no obra voluntariamente constituye el aspecto negativo de la conducta.

Afirma porte petit que para definir la conducta se debe abarcar la noción de la acción y de la omisión: es un hacer voluntario o un hacer voluntarios (olvido).¹⁰⁸

Cuello Calón menciona que la expresión acción en un sentido amplio, comprende lo siguiente:

a) La conducta activa, el hacer positivo; es decir, la acción en estricto sentido;

b) La conducta pasiva, la omisión.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1981: 294. 18ª. Ed.

¹⁰⁷ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, Editorial A. Bello, 1953, pág. 256

¹⁰⁸ Porte Petit, Celestino. Programa de la parte General del Derecho Penal. México, Edición Mimcográfica, 1971, pág. 156

¹⁰⁹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1964. Pág. 258. 13ª. Ed.

Por lo anterior se llega a la conclusión que la acción (un hacer) y la omisión (un no hacer), forman parte de los elementos constitutivos de la conducta.

La acción como hacer activo obliga:

a) Un acto de voluntad.

b) Una acción corporal consistente en la modificación del mundo exterior, o en el peligro de que se produzca y que es menester; por lo tanto, una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

Es una conducta inactiva la omisión, considerándosele como la inactividad voluntaria cuando la norma penal exige el deber de ejecutar un hecho determinado.

Francisco Pavón Vasconcelos asegura que la conducta consiste en el extraño comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria. Es decir, este concepto es comprensivo una vez que la conducta puede expresarse en acción u omisión. La conducta se lleva a cabo por medio de una actividad o movimiento corporal, así mismo, en una inactividad, en una privación, o en un no hacer.¹¹⁰

Existen también, los delitos denominados de comisión por omisión o falsos delitos de omisión, que consisten en la producción de una alteración en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordena hacer.

Cuello Calón, menciona, que la acción en sentido estricto, consiste en el movimiento corporal voluntario encauzado a la producción de un resultado consistente en la alteración del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.¹¹¹

Fernando Castellanos Tena, menciona, que el acto o la acción stricto sensu, es el hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de alterar el mundo exterior o de poner en peligro dicha transformación.¹¹²

¹¹⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco. Nociones de Derecho Penal. Tomo I. México, Editorial Porrúa, 1961. págs. 183 y 184.

¹¹¹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona. Editorial Bosch, 1964, pág. 271. 13ª. ed.

¹¹² Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, 1974, pág. 152.

Sebastián Soler, señala, que la acción consiste en una alteración exterior del estado de cosas referibles a la conducta del hombre.

Por lo antes expuestos, se puede concluir que los elementos de la acción son los siguientes:

- a) Actos de Voluntad,
- b) Resultado, y
- c) Relación de causalidad.

El Código Penal en vez de emanar de una norma negativa, como sería el prohibir que se asesine, etc., proviene de una norma positiva que exige determinada actuación, de modo que el delito consiste en no hacer lo que la ley manda, constituyendo el mismo "un no hacer"; refiriéndonos a los delitos de omisión. En este sentido Cuello Calón señala que la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal exige el deber de ejecutar un hecho determinado.¹¹³

Ahora bien, los elementos de la omisión son los siguientes:

- a) Acto de Voluntad,
- b) Inactividad o un no hacer,
- c) Deber jurídico de obrar.

Existen los delitos de comisión por omisión, de acuerdo con el criterio del maestro Jiménez de Asúa cuando se obtiene una verdadera mutación en el mundo exterior, no haciendo aquello que se espera de la gente.¹¹⁴

Por su parte, Porte Petit indica que hay delito de comisión por omisión, cuando se lleva a cabo un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o culposo (delitos de olvido), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.¹¹⁵

Los elementos de la comisión por omisión son:

- a) Acto de voluntad,
- b) Inactividad o un no hacer, y

¹¹³ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona. Editorial Bosch, 1964. Pág. 273.

¹¹⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires. Editorial Losada. 1965. Pág. 340. 3ª. Ed.

¹¹⁵ Porte Petit, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. México. Edición Mimeográfica, 1971. Pág. 175.

c) Un deber de obrar o un deber jurídico de abstenerse, que resultan olvidados.

Existen diferencias entre omisión simple y comisión por omisión, de acuerdo al criterio del maestro Celestino Porte Petit, y son las siguientes:

a) En la omisión simple, se viola una norma preceptiva penal. Mientras que en los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho.

b) Existen un resultado jurídico en los delitos de omisión simple, en los de comisión por omisión existe un resultado jurídico y material.

c) Se sanciona la omisión en los delitos de omisión simple, mientras que en los delitos de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por la propia omisión.¹¹⁶

Con lo antes expuesto referente a la conducta, podemos concluir que el Delito Contra la Salud solo puede cometerse por un movimiento voluntario del sujeto activo que realiza tal infracción; es decir, que no se debe estimar que este delito se realice por omisión, supuesto que los modos de comisión mencionados por la ley (posesión, compra, siembra, venta, tráfico, etc.) exigen para su configuración, un hacer, una conducta positiva del sujeto del delito.

3. La Coparticipación Delictuosa con la Relación de Causalidad.

Eduardo López Betancourt, señala, que cualquier persona podrá ser coautor; siempre y cuando, actúe en la misma proporción que el agente del ilícito.¹¹⁷

El poder Judicial de la Federación ha expresado en torno al coautor lo siguientes:

SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE TRAFICO DE MARIHUANA. COAUTOR. La conducta de quienes en alguna forma participan en el tráfico de drogas, no debe juzgarse aisladamente, con independencia del contexto delictivo de que forma parte, de modo que aunque los quejados solo hayan transportado la droga, si esa transportación era una etapa necesaria en la diversas actividades constitutivas del tráfico de marihuana en gran escala, que

¹¹⁶ Ibid, pág. 175.

¹¹⁷ López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo II. México. Editorial Porrúa, S.A., 1905. Pág. 46.

llevaban a cabo un grupo de individuos, los aludidos quejosos son probables coautores de dicha modalidad de tráfico y no sólo de transportación del enervante. (Tribunal Colegiado de Material Penal del Tercer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª. Epoca, Tomo V. Segunda Parte- 1. Tesis 106. Páginas 461).

PRECEDENTES: Revisión 201/89. Antidio Zarzosa Corona y coagraviados. 2 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponentes: J. Guadalupe Torres Morales. Secretario: Oscar R. Valdivia Cárdenas.

Entre la conducta y el resultado debe existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, que se realice una conducta positiva.

Es difícil determinar qué actividades humana deben ser tenidas como causas del resultado. Con respecto a esto se han formado numerosas teorías advirtiéndose dos corrientes:

a) Corriente Generalizadora.- Según la cual todas las condiciones productoras del resultado considéranse causas del mismo

b) Corrientes Individualizadora.- Es aquella que manifiesta que debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

Dentro de la Corrientes Generalizadora, sobresale la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones. Según esta tesis, correspondientes a Von Buri, conocida también como la "conditio sine qua non", todas las disposiciones productoras del resultado son equivalentes por ende, y todas se consideran como causa.

De antemano una de las condiciones, sea cualquiera se asocie a los demás, todas se consideran ineficaces para la producción del resultado; el cual surge por la suma de ellas; después, cada una es causa de toda la consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

El maestro Luis Jiménez de Asúa menciona que existen la relación de causalidad cuando no se puede suponer derogado el acto de voluntad humana, sin que deba dejar de crear el resultado concreto.¹¹⁸

¹¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires, Editorial Losada, 1965. Pág. 498. 3ª. Ed.

La concepción de la teoría de la equivalencia de las condiciones es intachable desde el punto de vista lógico; aunque ha sido criticada desde el punto de vista jurídico, considerándose indispensable reducirla en su aplicación. Se ha pretendido limitarla mediante la aplicación de sanciones; Antolisei busca en la culpabilidad el castigo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable no basta la comprobación del nexo de causalidad; sino, que precisa verificar si actuó con dolo o culpa.¹¹⁹

Afirma el maestro Celestino Porte Petit, que la relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. Por tanto, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otro consideración. O sea, que debe comprobarse para dar por existente el hecho, elemento del delito, una conducta, resultado y relación de causalidad. Sin embargo, para el maestro Porte Petit no es suficiente con que sea un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino que además se comprueben los elementos del delito. Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y por lo tanto, la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito para así llegar a la culpabilidad. Por esta razón, no podemos admitir que la culpabilidad constituya un correctivo en la teoría de la equivalencia de las condiciones; ya que no puede ser correctivo lo que es elemento; es decir, aquello que es indispensable para que exista el delito, ya que en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los demás elementos del delito.¹²⁰

Dentro de la corriente individualizadora tenemos las siguientes teorías:

Teoría de la última condición, de la causa próxima, o de la causa inmediata. Sostienen Ortmann que entre las causas productoras del resultado dolo es relevante la última; es decir, la más cercana al resultado. Sin embargo para Castellanos Tena es inadmisibles esta tendencia, habido cuenta que niega valor a las demás concausas por lo que los especialistas están de acuerdo en que el Derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del hecho.¹²¹

Teoría de la condición más eficaz. Birkmeyer es su autor, y considera que sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas

¹¹⁹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa 1981. Pág. 157

¹²⁰ Porte Petit, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal. México. Edición Mimeografía. 1971. Pág. 190.

¹²¹ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa. 1981. Pág. 158.

fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo). Constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero en su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, por exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación del delito.¹²²

Teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Considera únicamente como verdadera causa del resultado, la condición normalmente apropiada para producirlo (criterio cualitativo). La causa es normalmente acertada cuando dicho resultado surge según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta.¹²³

4. La Culpabilidad en el Delito Contra la Salud.

La Culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; en un sentido amplio, para Jiménez de Asúa es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.¹²⁴

Ignacio Villalobos menciona que la culpabilidad en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por la franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacida del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.¹²⁵

Doctrinas sobre la Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad.- Existen dos principales doctrinas que ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad e indican lo siguiente:

a) Teoría Psicológica de la Culpabilidad.. Señala Castellanos Tena que para esta doctrina, radica la culpabilidad en el hecho de carácter psicológico, desatendiendo toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta, la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual - volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente a fin de investigar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.¹²⁶

¹²² Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Buenos Aires. Editorial Tipográfica Argentina. 1951. Pág. 311.

¹²³ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México. Editorial Porrúa. 1981. Págs. 158. 159.

¹²⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires. Editorial Losada. 1965. Pág. 379. 3ª. Ed.

¹²⁵ Villalobos, Ignacio. Noción Jurídica del Delito. México. Editorial Jus. 1951. Pág. 118.

¹²⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México. Editorial Porrúa. 1981, Pág. 232.

b) Teoría Normativa de la Culpabilidad.- Para esta teoría, indica Castellanos Tena, que el ser de la culpabilidad lo constituye un jurídico de reprochabilidad; ya que una conducta se considera culpable cuando un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede imponer el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia de la normatividad consiste en apoyar la culpabilidad; es decir, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme a lo dispuesto.¹²⁷

Formas de Culpabilidad.- La Culpabilidad cubre dos formas: El Dolo y la Culpa, según el agente guíe su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. También suele hablarse de preterintencionalidad si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Cuello Calón define el dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito.¹²⁸

Manifiesta Luis Jiménez de Asúa que existe dolo cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consecuencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.¹²⁹

Diversa clases de Dolo.- Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas, pudiéndose concretar de la siguiente manera:

a) Dolo Directo.- Nos dice Castellanos Tena, que es aquel en que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer el resultado¹³⁰

Cuello Calón nos dice que el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.¹³¹

b) Dolo Indirecto.- Existe según Villalobos, cuando el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal Tomo I, Barcelona, Editorial Bosch, 1964. Pág. 371, 13ª. Ed.

¹²⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires, Editorial Losada, 1965. Pág. 361. 3ª ed.

¹³⁰ Castellanos Tena, Fernando. Lincamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa, 1981. Pág. 239.

¹³¹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1964. Pág. 307, 13a. ed.

antijurídicos, mismos que no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de obtener el propósito rector de su conducta.¹³²

En otras palabras, el dolo indirecto refiere que el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. Por ejemplo, para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motos con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y por lo tanto se destruirá el aparato.

c) Dolo Indeterminado.- Para Villalobos este dolo existe, si el agente tiene la intención genérica de delinquir sin proponerse causa un delito especial. Un ejemplo sería cuando un anarquista lanza bombas sin pretender un resultado específico.¹³³

d) Dolo Eventual.- Nos dice Luis Jiménez de Asúa, que existe dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia.¹³⁴

Para Ignacio Villalobos el dolo eventual existe, cuando el sujeto se propone un evento determinado, previniendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Por ejemplo, si se produce un incendio en una bodega conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones a causa del mismo.¹³⁵

Se caracteriza el dolo eventual por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos, pero que no se quieren directamente, a diferencia del individuo, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido y del indeterminado en que existe la seguridad de causar daño sin saber cuál será, pero el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo.

El Dolo en el Derecho mexicano.- El Artículo 8º. En nuestro Código Penal, divide los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia y preterintencionales. En el artículo 9º., establece la presunción "juristantum" de dolo. Este artículo dice:

¹³² Villalobos, Ignacio. Noción Jurídica del Delito. México, Editorial Jus, 1952, pág. 293.

¹³³ *Ibidem*, pág. 293

¹³⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires, Editorial Losada, 1965. Pág. 367. 3ª ed.

¹³⁵ Villalobos, Ignacio. Noción Jurídica del Delito. México, Editorial Jus, 1952. Pág. 293.

Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra Preterintencionalmente el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia.

Otra forma de culpabilidad que se presenta es la culpa (imprudencia o negligencia); este es el grado de culpabilidad menos grave.

Cuello Calón entiende que existe culpa, cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida, se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.¹³⁶

Afirma ezger que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.¹³⁷

La culpa, nos dice el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, consiste en el obrar sin la debida previsión, por lo que se causa un resultado dañoso y previsible, tipificado en la ley penal. Por lo tanto no hay previsión del resultado, siendo esperada y jurídicamente exigible dicha previsión.¹³⁸

Diversas clases de Culpa.- Son dos las especies principales de la culpa:

a) La Culpa Consciente o con Representación.- Existen según Sebastián Soles, cuando el evento es previsto como posible, pero no es querido y, además el sujeto espera, infundadamente, que no ocurrirá.¹³⁹

Al respecto Cuello Calón nos dice que la culpa consciente existe cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta, confiando en que no se producirán.¹⁴⁰

¹³⁶ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1981. Pág. 393 18ª ed.

¹³⁷ Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. TOMO II. José Arturo Rodríguez (trad.) Madrid. Editorial hemisferio, 1955. Pág. 292 2ª ed.

¹³⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Código Penal*. Anotado. México, Editorial Antigua librería Robredo, 1962. Pág. 37.

¹³⁹ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Tipográfica Argentina. 1951. Pág. 148 (Primera reimpresión).

¹⁴⁰ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1964. Pág. 397. 13ª ed.

b) La Culpa Inconsciente.- Se da cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado), al respecto nos indica el jurista Sebastián Soler que existe la culpa inconsciente cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia.¹⁴¹

Para Cuello Calón la culpa es inconsciente cuando falta el agente la representación de las posibles consecuencias de su conducta. Es pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.¹⁴²

Castellanos Tena hace la siguiente distinción sobre la culpa:

a) Lata.- Cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona.

b) Leve.- Si tan solo por alguien cuidadosa, y

c) Levisima.- Si únicamente pudiera ser prevista por los muy diligentes.¹⁴³

Existe una cierta similitud entre la culpa con representación y el dolo eventual, pero se diferencia de éste, en que la culpa conscientes se actúa con la esperanza de que el resultado no llegue a producirse mientras que en el dolo eventual el resultado previsto, aunque no se quiere, en última instancia se acepta.

Por otra parte el maestro Eduardo López Betancourt menciona que la culpabilidad es el elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto delictivo.¹⁴⁴

El fenómeno que se da entre dos entes se denomina nexo; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, este es, el nexo intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

Dolo.- Se considera al tipo en estudio como eminentemente doloso, ya que para su consumación se requiere de la maquinación del agente para la ejecución del mismo, por lo tanto, no cabe la presentación culposa.

¹⁴¹ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Buenos Aires, Editorial Tipográfica Argentina. 1951. Pág. 397 primera reimpression.

¹⁴² Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 1964. Pág. 397. 13ª ed.

¹⁴³ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa. 1981. Pág. 248 16ª ed.

¹⁴⁴ López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo II. 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 1995. p. 41.

Menciona el penalista Queralt Jiménez que: "Se trata de un delito claramente doloso.

Por lo que se refiere a la tenencia, dado que se concibe como un delito de resultado cortado, en el cual ha de demostrarse un elemento subjetivo adicional: el ánimo de traficar.¹⁴⁵

Dolo Directo.- se presenta cuando la realización de la conducta es exactamente acorde a la voluntad del sujeto activo. Es decir, cuando se efectúa ineluctablemente, ni más ni menos.

El Poder Judicial ha manifestado:

SALUD, DELITO CONTRA LA. Dolo necesario en su comisión. Los delitos contra la salud están contenidos por diversos tipos de peligro, que afectan la salud pública, y por cuanto a su culpabilidad son de dolo necesario, esto es, no pueden cometerse por imprudencia, sino sólo en forma intencional; se configuran cuando el sujeto realiza con drogas enervantes cualquiera de los actos que los propios tipos de los delitos contra la salud describen: (Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª. Época. Volumen 60. Página 31).

PRECEDENTES: Amparo Directo 4239/72 José Miranda Escobedo. 16 de Febrero de 1973 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y A. Séptima Época: Volumen 49, Segunda Parte, pág. 33.

5. Los Partícipes y la Tipicidad en el Delito.

Nos indica el maestro Fernando Castellanos que en la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres unidos realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la participación. La cual consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.¹⁴⁶

Menciona el maestro Porte Petit que los partícipes son aquellos que no sólo toman partido en el acto final de ejecución de la infracción penal, sino también en su concepción, su preparación, el auxilio, la inducción y las demás

¹⁴⁵ Queralt Jiménez, Joan J. Derecho Penal Español. Parte Especial, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 526.

¹⁴⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lincamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General, 16ª ed. Editorial Porrúa, 1981, p. 283.

formas que señala la Ley Penal, la doctrina y la jurisprudencia. "Semanao Judicial de la Federación" (t. cv, p. 1676).¹⁴⁷

Establece la doctrina las siguientes condiciones de la participación:

a) Todos los actos de participación que se refieran a un hecho principal, calificado como un crimen o delito por el Código Penal;

b) Que es agente haya colaborado al crimen o al delito, de la manera determinada por la ley, y

c) Que el agente haya participado en el crimen o en el delito, a sabiendas, voluntariamente, de el propósito (con dolo), comprendiéndose por "voluntariamente" la intención de participar en el crimen o delito, con el fin de conceder la preparación o la ejecución. "Anales de Jurisprudencia" (t. XXXII, p. 275 y t. XXXIII, p. 587).

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración. La conducta del hombre debe, de acuerdo con nuestra constitución, ajustarse perfectamente dentro de la descripción legal del Código Penal. Ahora bien, no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales. La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, o sea, que ésta se presentará cuando se amolde al tipo penal la conducta desplegada por el agente.

El artículo 14 constitucional establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, lo cual significa que no existe delito sin tipicidad".

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula "nullum crimen sine tipo".¹⁴⁸

Dice Cuello Calón: "La adecuación del hecho del hecho al tipo legal (tipicidad), es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad, la tipicidad es el indicio mas importante de la antijuridicidad".¹⁴⁹

¹⁴⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal, 1° ed. U.N.A.M., 1958, P. 651.

¹⁴⁸ Porte Petit, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal. México, Editorial Porrúa, 1962, p. 37.

¹⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona. Editorial Bosch, 1964, 13° ed. P. 312.

Agrega Castellanos Tena, que para que exista el delito se requiere de una conducta o hechos humanos, mas no toda conducta o hecho es delictuoso, ya que precisa que sean típicos.¹⁵⁰

El tipo, pues, reúne elementos objetivos, subjetivos y normativos, con lo cual el delito de que se trate, se clasifica y de acuerdo a estos factores, ayuda a regular el criterio del juzgado para la aplicación de las penas.

Clasificación de los Tipos.- Existen infinidad de clasificaciones al tipo; desde diferentes puntos de vista Citaremos a los mas comunes:

a) Por su composición.- Los tipos de se dividen en normales y anormales; para Luis Jiménez de Asúa los primeros son aquellos que se integra con elementos objetivos, de aprehensión cognoscitiva material. Y los anormales son aquellos que incluyen además elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley.¹⁵¹

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, dichos vocablos son elementos objetivos del tipo. Por ejemplo, copula en el delito de estupro. Cuando las frases usadas por el legislador tiene un significado tal, que requieren ser valoradas culturas o jurídicamente, constituyendo elementos normativos del tipo (que sea casta y honesta en el estupro). La descripción legal puede contener conceptos cuyo significado se resuelve en el estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

b) Por su ordenación.- Estos se dividen en fundamentales o básicos, de los cuales nos refieren el maestro Mariano Jiménez Huerta, que son aquellos que constituyen la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código Penal. Por ejemplo, dentro del cuadro de los delitos contra la vida, tenemos el homicidio descrito en el artículo 302 de nuestro ordenamiento positivo.¹⁵²

Encontramos también los especiales que son los que se encuentran formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (infanticidio).¹⁵³

¹⁵⁰ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Editorial Porrúa. 1981. P. 165.

¹⁵¹ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Losada. Buenos Aires, 1965. P. 280.

¹⁵² Jiménez de Asúa, Mariano. La tipicidad. Editorial Porrúa. México, 1955 p. 96.

¹⁵³ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Losada. Buenos Aires, 1955. p. 97

Los complementados son aquellos que se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.). Para Jiménez Huerta existe una diferencia entre los tipos especiales y complementados; los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementos presuponen su presencia, agregándose además, la norma en donde se contienen la suplementaria circunstancia o peculiaridad.¹⁵⁴

Los especiales y los complementos pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Respecto a esto Fernando Castellanos argumenta que el parricidio constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente que el infanticidio.¹⁵⁵

c) En función de su autonomía o independencia.- Se dividen en autónomos o independientes y subordinados. Los primeros son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple) y los segundos, dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no solo complementan, sino subordinan (homicidio en riña), así nos lo indica el maestro Castellanos Tena.

d) Por su formulación.- Se dividen en formulación casuística, los cuales son en los que el legislador nos describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el delito, y a su vez se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados. En los primeros se prevén dos o mas hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas; así por ejemplo, para la tipificación del adulterio precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo. En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis.

Es amplio el tipo en estudio en su descripción porque contienen una hipótesis en donde caben todos los modos de ejecución, es decir, se colma el tipo penal con la lesión causada al bien jurídicamente de los medios empleados en su realización.

e) Por el daño que causa pueden ser de lesión o de peligro. Es de lesión porque provoca un resultado con su ejecución, dañado la salud pública con la ejecución del ilícito.

La Atipicidad se presentará cuando falte el objeto material. Es decir, si se está suministrando bajo prescripción médica alguna clase de narcótico a una

¹⁵⁴ Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad. Editorial Porrúa, México, 1955, p. 97.

¹⁵⁵ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1981. P. 169.

persona con cáncer, para minimizar los dolores, en esta hipótesis no se daña la salud pública. Según menciona el maestro Eduardo López Betancourt.¹⁵⁶

6. La Antijuridicidad en el Delito Contra la Salud.

Cuello Calón nos dice que la Antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es el mero carácter o elementos del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza; es la acción humana en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva.

El autor continúa diciendo que existen dos aspectos de la antijuridicidad; el aspecto formal y el material, sosteniendo además que el aspecto formal de la antijuridicidad lo constituye la conducta opuesta a la norma y el aspecto material está integrado por la lesión o peligro para bienes jurídicos. Agrega además que la antijuridicidad tiene un carácter preponderantemente objetivo, mas no es exclusivo dicho carácter, pues existe en determinados hechos delictivos un marcado carácter subjetivo.¹⁵⁷

Castellanos Tena opina que la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, y que por lo tanto, es natural que existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, común mente se acepta como antijurídico, lo que es contrario al Derecho, y agrega que se debe tomar en cuenta que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no es un proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado.¹⁵⁸

Menciona el maestro Eduardo López Betancourt que para que una conducta sea estimada como delictiva, debe atender una norma penal establecida, o sea, ser antijurídica. Presentándose en el tipo a estudiar la antijuridicidad formal, porque desobedece una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico. Además se presenta la antijuridicidad material, porque la realización de la conducta delictiva en estudio, es considerada socialmente dañosa.¹⁵⁹

¹⁵⁶ López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular, Editorial Porrúa, México, 1995. 1ª ed. Pág. 40 y 41.

¹⁵⁷ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Bosch, Barcelona, 1964. 13ª ed. P. 309.

¹⁵⁸ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1981, 16ª. Ed. P. 176.

¹⁵⁹ López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Editorial Porrúa, México, 1995. 1ª ed. P. 41.

Las Causas de Justificación. Castellanos Tena, nos dice que las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representando un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber, la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de antijuridicidad, causas de licitud, etc.¹⁶⁰

Porte Petit al respecto nos dice: "Existirá una causa de justificación, de licitud, cuando la conducta o el hecho, siendo típicos, son permitidos o facultados por la ley".¹⁶¹

Al respecto, López Betancourt nos indica que las causas de justificación, doctrinalmente han sido clasificadas en: ejercicio de un derecho; legítima defensa; estado de necesidad; cumplimiento de un deber; obediencia jerárquica; e, impedimento legítimo. No obstante, a su criterio, las causas de justificación se reducen a dos tesis, a entender: el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. Relacionado al Delito contra la Salud, no se presenta ninguna causa de justificación.¹⁶²

¹⁶⁰ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1981, p. 181.

¹⁶¹ Porte Petit, Celestino. Apuntes de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1961, p. 178.

¹⁶² López Betancourt, Eduardo. Delitos en Particular. Editorial Porrúa, México, 1995, 1ª ed. p. 41.

7. Consecuencias de la conducta observada por los partícipes.

El maestro Fernando Castellanos, al respecto, nos dice que la participación precisa de varios sujetos que en caminen su conducta hacia la realización de un delito, mismo que se produce como consecuencia de su intervención.¹⁶³

El comentario del maestro Ignacio Villalobos respecto a este tema es el siguiente: menciona que conducido el análisis a todos los casos posibles de la practica, es fundamental señalar también el supuesto en que intervienen en la realización de un delito, un agente (o varios) con plena responsabilidad penal, y otro (u otros) que por alguna causa especial dar muerte a su enemigo, incita al demente que vive cerca de él para que cometa el ilícito y logra así sus propósitos.

Menciona también que nuestro Código de 1971, disponía en sus artículos 219 y 220, que al cómplice de un delito se le castigara con la mitad de la pena que le correspondería si fuera el autor; y con arresto menor o mayor a los encubridores entre aquellos que conciben, preparan o ejecutan el delito y loa que "inducen directamente a otro a cometerlo", no obstante que estos pueden considerarse también como autores (intelectuales o morales), al igual que aquellos primeros que participan en la concepción, preparación o ejecución del delito; lo cual permite luego guardar la pena entre los límites generales fijados para el delito y no entre los límites especiales que ya no señala para cada grupo de partícipes.¹⁶⁴

Aunque el precepto habla de las "personas responsables de los delitos" se refieren sólo al grado de participación material y termina diciendo que debe fijarse la pena "según la participación de cada delincuente", tal disposición debe interpretarse juntamente con la general que se contiene en el art. 51, que dice: "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. "Dichos factores (subjetivos) se encuentran establecidos en el artículo 52.

El artículo 13 es el que se refiere específicamente a la participación, y el Código de 1871 mencionaba lo siguiente: "Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución del delito; o prestan auxilio

¹⁶³ Castellanos Tena, Fernando.- Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México, 1981, 16°.

¹⁶⁴ Aquellas tan traídas y llevadas frases de FERRI sobre que a veces el auxiliar de un crimen es más peligroso que el autor del mismo, no eran desconocidas para los legisladores de 1871, pues en su sistema de franca y declarada distinción entre los autores y los cómplices, con penas diversas para cada una de sus categorías, se decía en el art. 49: "son responsables como autores de un delito:... Los que ejecutan hechos que, aunque a primera vista parecen secundarios, son de los mas peligrosos o requieren mayor audacia en el agente."

o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior: o inducen directamente a alguno a cometerlo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente."

Los autores de este Código subrayan el hecho de haber suprimido las denominaciones distintivas de autores, cómplices y encubridores, pero agregan: "Esto no quiere decir que para el Código vigente ya no existen grados de coparticipación en la empresa delictuosa sino que toca al juez precisar ese grado."¹⁶⁵

Es imprescindible considerar la situación particular de cada sujeto en el delito, por lo que ve a su grado de participación material, por ser un factor, aunque no el único, de su responsabilidad.

a) Autor.- Si decidiéramos separarnos del concepto de accesoriedad como origen de la responsabilidad de los partícipes, veríamos desaparecer aquella limitación con que por algún tiempo se consideró conveniente el título de "autores" sólo para aquellos que ejecuten el acto material constitutivo del delito, pues tal cosa tenía por finalidad fijar el centro de donde pudiera irradiar la responsabilidad para todos los que actuaran en relación con él, como intermediarios "accesorios" del verdadero delincuente.

Actualmente podríamos decir, que son autores todos los que ponen una causa eficiente del delito; y como estas causas por lo general son una actuación o una conducta que requiere para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, lo cual no impide considerar la posible separación de dichos elementos y el reconocimiento, por tanto, de autores materiales, todos aquellos que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal, autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza, "como voluntad que opera sobre otra voluntad", induciendo a cometer la infracción; autores por cooperación, siempre y cuando se preste un auxilio necesario para la consecución del fin delictivo; por lo que respecta a los autores mediatos, diremos que son aquellos que realizan el delito a través de una persona libre de responsabilidad, es decir, no es partícipes en el delito sino que simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal.

¹⁶⁵ Ceniceros y Garrido: la Ley Penal Mexicana, p. 57; González de la Vega, Código Penal Comentado. La reforma, substancialmente intranscendente, que se publicó en el Diario Oficial correspondiente al 9 de marzo de 1946, no hace sino manifestar con mayor claridad esa tendencia a distinguir los autores, los cómplices y los encubridores, separando además una categoría que, por lo menos parcialmente, pudiera considerarse de autores "los que inducen o compelen a otro a cometerlos". Esta separación quizá se inspire en el Código Alemán de 15 de marzo de 1871, que consagra la doctrina de la accesoriedad y consideraba a los instigadores y a los cómplices como partícipes "en el delito de otros" (véase MEZGER: t. II, No. 57-I).

Ciertamente todo instigador sale de la esfera netamente psíquica actuando en el exterior de su persona, y no podría pensarse en una responsabilidad jurídica de otra manera; por lo cual los tratadistas, consideran que más que "autores intelectuales" o "autores morales", se les debe llamar "autores por inducción"; y que también para considerárseles responsables, deben concurrir, la voluntad y el entendimiento de sus actos, ya que si existe ausencia de dichos requisitos, dejarían de ser sujetos de atribución del delito como tal, concentrándose exclusivamente la responsabilidad en el inductor y pasaría éste a ocupar la categoría de autor mediato del delito.

b) Cómplices.- Se considera descartados los que inducen a cometer un delito, todos aquellos que lo ejecutan y los que prestan un auxilio necesario para la realización del mismo, quedan como cómplices todas las demás personas que concurren indirectamente a la causación del evento. Esta cooperación comienza desde que se inicia la secuela criminal hasta que finaliza: y para llevarlo a cabo se necesita; que lo realizado tenga alguna eficacia en la ejecución total; y que tal contribución sea de carácter secundario y sustituible, en abstracto, por ayuda de otro o por los propios medios de los autores.

Eugenio Raúl Zaffaroni dice al respecto: la "participación" siempre indica una relación, porque siempre se participa en "algo". Considerándose de carácter referencial o relativo (relacionado con algo) es lo que da a la participación su naturaleza accesoria. La participación es el aporte doloso que se hace al injusto ajeno. La participación es accesoria del hecho principal, es decir, que si el hecho principal se intenta, el partícipe es penado conforme a la escala del delito en grado de tentativa con la que le corresponde con la escala de la participación (pena del autor o pena reducida).

8. Aspectos de privilegio y de gravedad en la punición de las conductas de los copartícipes.

El maestro Eugenio Cuello Calón menciona lo siguiente: Todos los copartícipes deben ejecutar por lo menos algún acto encaminado directa o indirectamente a la producción de un delito. No es preciso que realicen los actos propios y característicos de éste, hasta con que su actividad tienda a la ejecución de un hecho que constituya una figura de delito, pero cada uno debe responder teniendo en cuenta su grado de participación.¹⁶⁶ Tampoco es necesario que el delito llegue a consumarse, de modo que la codelinuencia existe no solamente en caso de consumación sino también en los grados de frustración y tentativa. La

¹⁶⁶ En un delito, dice Carrara, pueden tomar parte varias personas. La justicia exige que todos serán llamados a dar cuenta de la parte que tomaron en la infracción penal y también que cada uno responda proporcionalmente a la influencia que ha ejercitado en la infracción". Programa, art. 426.

participación en un hecho conforme a derecho, justificado, por ejemplo, de legítima defensa, no constituye participación punible.

El delito cometido por varios partícipes es uno solo, un único delito, y todos ellos son responsables del mismo y han de ser penados por él.

Las circunstancias personales son intransmisibles, estas ya excluyan la responsabilidad, la agraven, la atenúen, o fueren de otra clase, solamente afectan a las personas a quienes concurran, no a los demás copartícipes. Por ejemplo, en el homicidio cometido por un hombre sano de mente y un loco, la exención de responsabilidad de éste no se comunicará a aquél.

Los actos de participación carecen de autonomía propia y sólo tienen alcance penal respecto del hecho del autor. La punibilidad de los copartícipes (coautores, inductores, cómplices) dependen de este hecho. Si el autor consuma el delito, el coautor o el cómplice responderán de delito consumado; si no llega a realizar todos los actos de ejecución responderán solo de tentativa. Semejante dependencia de la obra del autor es denominada "accesoriedad" de la participación considerándose como un de los rasgos esenciales de esta.

Los autores alemanes, que estudian con detalle esta cuestión, es su mayoría aceptan la doctrina de la accesoriedad y distinguen dos clases de la misma, una que es denominada accesoriedad "limitada" o "mínima" y la "extrema" o "máxima".¹⁶⁷ En relación a la primera, para que la participación se considere punible, es necesario que el hecho del autor sea típico y antijurídico aunque no sea culpable. De acuerdo a la misma, el copartícipe (coautor, inductor o cómplice) de un inculpable (menor, loco, persona en situación de error, etc.) serán responsables penalmente. Dicha accesoriedad limitada fue introducida en el art. 50 por la Ley de 29 de mayo de 1943.¹⁶⁸ A diferencia de esta forma de accesoriedad con anterioridad a esta ley, la interpretación más frecuente de los artículos 48 y 49 del Código Penal aplicaba la accesoriedad "externa" que para la punibilidad de los partícipes exigía que el hecho principal fuera antijurídico y culpable, por tanto el partícipe en el hecho antijurídico de un inculpable no podía ser castigado ni por inducción ni por complicidad. Como remedio se interpretaba la inducción de un inculpable como autoría mediata, mas para la complicidad se rechazaba esta interpretación.

En la legislación española es aplicable a los copartícipes (coautor, inductor, autor por cooperación necesaria y cómplices) el principio de la

¹⁶⁷ Mezger, y Tratado, II, pág. 294; Mismo autor, Strafrecht, I, 5ª. Edición, pág. 210; Welzel Des Deutsche Strafrecht, pág. 83; Maurach, Deutsches Strafrecht, A. T. Pág. 539 y sigts.

¹⁶⁸ El nuevo texto del art. 50 dispone que en caso de participación de varias personas en un delito, cada una sin consideración a la culpabilidad de los otros será castigado con arreglo a su propia culpa.

accesoriedad limitada, ya que el Código en los artículos 14 y 16 se refiere a la "ejecución del hecho", y no del delito, por lo que es suficiente que el hecho principal sea típico y antijurídico, por tanto el participante en el hecho de un inculpable podrá ser castigado. Esta forma de accesoriedad se establece expresamente para el encubrimiento con ánimo de lucro en el art. 546 bis, que declara punible al encubridor aún cuando el autor del hecho de que provinieren los efectos o beneficios aprovechados fuera irresponsable o estuviere exento de pena.¹⁶⁹ Respecto del encubridor rige la accesoriedad máxima, pues este ha de tener conocimiento del "hecho punible", expresión que incluye además de la antijuridicidad la culpabilidad.¹⁷⁰

Además de lo anteriormente dicho, el maestro Eugenio Cuello Calón menciona al respecto: que los códigos en la mayoría de los países, inspirándose en el concepto de la accesoriedad de la complicidad castigan a los cómplices con pena inferior a la señalada para los autores;¹⁷¹ otros, muy escasos, imponen igual pena a ambos copartícipes.¹⁷²

Existen tratadistas como Giuseppe Maggiore, que razonan con mayor amplitud sobre el particular y que pudieran, si no se pone el cuidado debido y no se analizan adecuadamente sus argumentos, arrastrar a su misma posición intelectual. Dentro de sus estudios considera como elemental en la participación la unidad del delito cometido, de donde salta, con apariencia dialéctica, a la siguiente conclusión: "como no puede haber delito sin que concurren a la vez elemento físico y el elemento psíquico, así tampoco puede haber una participación puramente moral o una puramente físico o material."¹⁷³

El delito es único y se compone de parte psíquica y parte física; pero los agentes son dos o más, por hipótesis, y no realiza cada uno la totalidad de la infracción sino que pone una parte solamente y a ella se refiere su responsabilidad. Por lo cual existe unidad en el delito en cuanto a su parte objetiva, de hecho; pero no necesariamente en la actitud mental de cada sujeto: Es cierto que cualquier partícipe para serlo, debe ejecutar un acto encaminado a cooperar, lo que vale tanto como decir voluntad y realización externa; pero basta que esa voluntad sea referida al dicho movimiento externo.

¹⁶⁹ El tribunal Superior ya había declarado que para la existencia de encubrimiento no obsta que el autor sea irresponsables, 20 de abril de 1929.

¹⁷⁰ También en este sentido Antón, pág. 422.

¹⁷¹ Código Francés (art. 59) y Austriaco (art. 5). En el Código Alemán (art. 49 a) la complicidad se castiga en principio como el hecho principal, pero la pena puede ser atenuada; el italiano no establece distinción entre los diversos participantes (art. 110), la pena se agrava o atenúa teniendo en cuenta la concurrencia de agravantes o atenuantes previstas para el concurso de delinquentes.

¹⁷² Maggiore. Derecho Penal, T. II, cap. VII, No. 5.

¹⁷³ V. Pessina: Elementi, I, 265; TOSTI: La colpa penale, 214 y ss.; etc.

Agregando al respecto dice Maggiore que "precisamente la presencia de este elemento psicológico (conciencia y voluntad) es lo que distingue al concurso de varias personas a un delito y el concurso de causa independientes; en ambos casos- dice- hay concurso de causas, pero lo que reúne en la coparticipación criminosa todas las causas en una sola es elementos psicológico y moral, la tendencia de todas las voluntades a un resultado común". Estas "conciencia y voluntad", "tendencia de todas las voluntades a un resultado común" y la exigencia precisa de una scientia maleficii en todos los partícipes, autorizarían para interpretar que sólo se reconoce la coparticipación con dolo, y precisamente con dolo directo, ya que éste consiste en la tendencia de la voluntad consciente, al resultado.¹⁷⁴

Por lo tanto, sí para que existe la coparticipación, es necesario que haya un resultado típicamente antijurídico que se produzca por la concurrencia de aportaciones causales, "independientemente de la culpabilidad de este o de aquel copartícipes", con mayor razón se puede afirmar lo mismo cuando sólo hay diversidad en el grado de culpabilidad en los partícipes; es decir que todos concurren materialmente a la producción del resultado y en cada uno se integra su especial responsabilidad, o aún se excluye ésta, según la presencia, la ausencia o la calidad del factor moral con que se actúa".

El poder Judicial de la Federación ha expresado en torno a la coparticipación lo siguiente:

COPARTICIPACION, RESPONSABILIDAD EN LA. Si entre los acusados hubo acuerdo previo para la comisión del delito, debe concluirse que todos y cada uno son penalmente responsables como copartícipes por haber intervenido en su preparación o en ésta y su ejecución. (Tesis 79. Apéndice 1985. Página 181).

PRECEDENTE: Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XV, Pág. 123. A. D. 4052/57. Juan López Bernardino y Coags. Unanimidad de 4 votos. Vol. XXII, Pág. 191. A.D. 175/59. Gregorio Ponce González. 5 votos. Vol. XXVII, Pág. 49. A. d. 3685/59. José Gonzalo Chan Rosado Y Coag. Unanimidad de 4 votos. Vol. XXVIII, Pág. 87. A.D. 3342/59. José Rascón Gandarilla y Coag. 5 votos. Vol. XIIV, pág. 50 A.D. 5793/60. Ramón García Malacara. Unanimidad de 4 votos.

¹⁷⁴ Maggiore Derecho Penal, T. II, cap. VIII. No. 5.

CAPITULO IV

MODALIDADES DEL DELITO, PENALIDAD Y PROSELITISMO.

SUMARIO:

1. Análisis sustancial de los preceptos referentes al delito de Contra la Salud en lo concerniente a la Participación.

- A) Artículo 195
- B) Artículo 195 bis
- C) Artículo 196
- D) Artículo 197
- E) Artículo 198

2. Participación delictuosa (necesaria y eventual).

3. Codelincuencia.

4. Muchedumbre.

1. Nuestro Código Penal a lo largo de la Historia ha sido objeto de innumerables reformas, en las cuales por ejemplo: en Enero de 1994, se reformaron los artículos 193 a 199, adicionándose en dicha fecha los artículos 195 bis y 196 bis, relativos al delito Contra la Salud; sin embargo, el 7 de noviembre de 1996 el artículo 196 bis es derogado.

Es con esta reforma, como el Poder Legislativo trata de luchar contra el tráfico de drogas, regulando en forma más estricta todo lo relativo a los narcóticos, y preocupado por el gran acrecentamiento que ha tenido este problema en los últimos años, en nuestro país, ante nuestra ubicación geográfica de vecindad con el mayor consumidor de narcóticos, en este caso, los Estados Unidos de Norteamérica.

El artículo 195 reza lo siguiente: "Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondientes a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo

193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refieren el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

Una nueva modalidad en la pena se establece en este precepto, señalando una menor de cinco años y una mujer de quince años de prisión. Al respecto citaremos Jurisprudencia y tesis reformado en el tema que nos ocupa.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. "DELITO CONTRA LA SALUD.- SUMINISTRO DE ESTUPEFACIENTES. El suministro de drogas enervantes fuera del control legal de las Autoridades Sanitarias de por sí constituyen una modalidad del delito Contra la Salud, aunque fuera a título gratuito y sea o no toxicómano quien lo realiza. Sexta Epoca. Segunda Parte: Vol. X. Pág. 60. A.D. 2477/57 Vol. XII, pág. 46 A.D. 5643/57 Vol. XX, pág. 56. A.D. 1771/58 Vol. XXII pág. 91 A.D. 7156/58, Vol. XXXIX pág. 51 A.D. 4562/60."

Tesis relacionada. "DROGAS ENERVANTES. (Delito Contra la Salud). Cuando de la confesión del quejoso se desprende que desplegaba una conducta que implica actos de posesión y tráfico de enervantes de nominado morfina circunstancia que está corroborada con la prueba testifical, no es óbice no desvirtúa su culpabilidad como autor del delito contra la salud previsto y sancionado por el artículo 194 del Código Penal. La circunstancia de que el quejoso fuese toxicómano, dado que, además de la droga que consumía para sí, la proporcionaba a otros viciosos y por lo tanto el fallo que declara su culpabilidad jurídico penal no es violatorio ni del precepto que describe el tipo ni de garantías constitucionales. Quinta Epoca. Supl. pág. 209. A.D.

DROGAS ENERVANTES. Sí bien es cierto que la Ley quiere que se obtenga la curación de los drogadictos también lo es que persigue y sanciona los casos en que éstos procuran la difusión de su vicio. Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. X, pág. 60 A.D. 5753/57."

Nuestro Código Penal vigente menciona lo siguiente en su artículo 195 Bis. "Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no puedan considerarse destinadas a realizar alguna de las conductas a que se refieren el Artículo 194 de este Código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las

tablas contenidas en el apéndice I de este ordenamiento, si el narcótico no se encuentra comprendido en las mismas, se aplicará hasta la mitad de las penas señaladas en el artículo anterior."

Con lo anterior, nuestro Código Penal proporciona a las autoridades judiciales un instrumento jurídico que les permita atender los criterios previstos en los artículos 193, como lo es la tabla que se refieren a las cantidades, el tipo de narcótico en posesión o transporte el activo, así como la primodelincuencia o reincidencia que no repercutan ampliamente en el bien tutelado, en lo que corresponde a delitos contra la salud siempre y cuando no formen parte de una asociación delictuosa.

En el anterior artículo 197 que actualmente ha sido reformado, de manera especial, advertía de una manera genérica, el transporte o transportarse, precisando actualmente con el apéndice I, las penalidades para el caso de posesión o transportación. Se observa en la práctica que se imponía la misma privativa de libertad, atendiendo de manera exclusiva a dicha modalidad, pero sin considerar las cantidades, dictándose sentencia con la regla general, imponiéndose una misma sanción para aquél individuo que transportaba o poseía un kilogramo de marihuana como al que lo hacía con una tonelada, razón por la cual se desvirtuaba de forma muy irregular la individualización de la pena al no existir proporción alguna entre la sanción y la cantidad de estupefacientes.

El Artículo 196 del Código Penal vigente establece: "Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en el artículo 194, serán aumentadas en una mitad, cuando:

I. Se comenta por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de los delitos contra la salud o por un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos además, suspensión para desempeñar cargo o comisión en el servicio público, hasta por cinco años, o destitución e inhabilitación hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Si se trata de un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca, y se le inhabilitará hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, para desempeñar cargo o comisión público en su caso;

II. La víctima fuere menor de edad o incapacitada para comprender la relevancia de la conducta o para resistir al agente;

III. Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de esos delitos;

IV. Se cometa en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o en sus inmediaciones con quienes a ellos acudan;

V. La conducta sea realizada por profesionistas, técnicos, auxiliares o personales relacionado con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas y se valgan de esa situación para cometerlos. En este caso se impondrá, además, suspensión de derechos o funciones para el ejercicio profesional u oficio hasta por cinco años e inhabilitación hasta por un tiempo equivalente al de la prisión impuesta;

VI. El agente determine a otra persona a cometer algún delito de los previstos en el artículo 194, aprovechando el ascendiente familiar o moral o la autoridad o jerarquía que tenga sobre ella; y

VII. Se trate del propietario, poseedor, arrendatario o usufructuario de un establecimiento de cualquier naturaleza y lo empleare para realizar algunos de los delitos previstos en este capítulo permitiendo su realización por terceros. En este caso además, se clausurará en definitiva el establecimiento.

El aumento en la pena, es justificable, por la responsabilidad que va unida a los puestos públicos que tienen encomendados los servidores públicos y miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas, los cuales en algún momento se convierte en autores del delito, por la utilización de menores o incapaces como víctimas o para que éstos cometan los ilícitos, y cuando los sujetos lo cometan en las cercanías de las instituciones educativas, donde inician a la juventud en el uso por ejemplo de la marihuana, la cocaína, que deja irreparables daños tanto en los niños como en los jóvenes, es por ello la agravación de la pena.

Igualmente se justifica, por su mayor peligrosidad cuando el activo forme parte de alguna organización delictiva que opere ya sea a nivel nacional como fuera del país.

Es comprensible que denote una más grave peligrosidad en este tipo de delitos, cuando se llevan a cabo por persona que de una o otra forma están relacionados con las disciplinas de la salud, por la facilidad que se tiene en el manejo de la droga, misma que es controlada por las autoridades institucionales y que aprovechándose de esa situación para la comisión de este tipo.

En relación al artículo 197 de Código que comentamos preceptúa: "Al que sin mediar prescripción de médico legalmente autorizado, administre a otras personas, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico a que se refiere el artículo 193, se le impondrá de tres a nueve

años de prisión y de sesenta a ciento ochenta días multa, cualquiera que fuere la cantidad administrada. Las penas se aumentarán hasta una mitad más si la víctima fuere menor de edad o incapaz para comprender la relevancia de la conducta o para resistir al agente.

Al que indebidamente suministre gratis o prescriba a un tercero, mayor de edad, algún narcótico mencionado en el artículo 193, para su uso personal e inmediato, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de cuarenta a ciento veinte días multa. Si quien lo adquiere es menor de edad o incapaz, las penas se aumentarán hasta en una mitad.

Las mismas penas del párrafo anterior se impondrán al que induzca o auxilie a otra para que consuma cualesquiera de los narcóticos señalados en el artículo 193.

Dicho precepto hace referencia concretamente a aquéllos caso en los que por indicación médica legalmente autorizada se administre a un paciente por algún motivo, algún narcótico de los descritos en el artículo 193; especificando en tales casos que la prisión será de tres a nueve años de prisión, no importando la cantidad administrada, lo cual consideramos benévola dicha penalidad, tomando en consideración de que el médico infractor revela una obvia peligrosidad social. Contando con la certeza científica de que las consecuencias son irreversibles para el agente pasivo, sin escrúpulos, careciendo además de toda ética profesional, decide iniciar a aquel en al dependencia, situación por la cual debería ser sancionado con una pena que fuere de seis a quince años de prisión y de veinte a cuarenta años cuando la víctima sea menor de edad o incapaz.

Por último, al Artículo 198 de nuestro Código Penal Vigente, dispone lo siguiente: "Al que dedicándose como actividad principal a las labores propias del campo, siembre, cultive, o coseche plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, por cuenta propia, o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren escasa instrucción y extrema necesidad económica, se le impondrá prisión de uno a seis años.

Igual pena se impondrá al que en un predio de su propiedad, tenencia o posesión, consiente la siembra, el cultivo o la cosecha de dichas plantas en circunstancias similares a la hipótesis anterior.

Si en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores no concurren las circunstancias que en ellos se precisan, la pena será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el artículo 194, siempre y cuando la siembra, cultivo o cosecha se hagan con la finalidad de realizar alguna de las conductas

previstas en las fracciones I y II de dicho artículo. Si falta esa finalidad, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Si el delito fue cometido por servidor público de alguna corporación policial, se le impondrá además de la destitución del empleo, cargo o comisión públicos y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar otro, y si el delito lo cometiere un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, se le impondrá, además de la pena de prisión señalada, la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

El maestro Francisco González de la Vega que nos ha servido de consulta su obra, en relación a este precepto comenta lo siguiente: la maligna influencia de la droga, se ha hecho sentir desde el más humilde campesino que la siembra, cultiva o cosecha como medio de subsistencia debido a su gran atraso cultural por el aislamiento social en que se encuentra, es objeto de que se aprovechen de él, gente corrupta como servidores públicos que laboran en un cuerpo de policía los cuales deben proteger los intereses de la sociedad, financieros codiciosos, industriales que proporcionan el dinero para lleva a cabo esta ilícita acción antijurídica o que en otro caso facilitan el "lavado" de dinero obtenido por el tráfico de estupefacientes.

El cultivo, siembra y cosecha de la cannabis, mejor conocida como marihuana, se ha incrementado en el país, y es el campesino quien con más frecuencia se dedica a llevar a cabo esta acción, agobiado por las carencias y miserias en la que vive, independientemente del atraso cultural, falta de recursos, incentivos, etc., todo esto es aprovechado por gentes sin escrúpulos involucrándolos en este tipo de delito. Es bien sabido que no existe la obtención más fácil de dinero cómodo, como es el que se obtiene con el tráfico de la droga. Por lo cual se ha impuesto una pena de uno a seis años de prisión.

Sin embargo la aplicación de la misma sanción que se tipifica en el segundo párrafo; es justa, para quienes permiten el cultivo de la marihuana, en predios de su propiedad, que tengan la posesión o tenencia, con la condición de que medien las mismas circunstancias de necesidad, aislamiento social y escasa o nula instrucción.¹⁷⁵

2. Participación delictuosa (necesaria y eventual). El maestro Fernando Castellanos menciona, que en los delitos unisubjetivos por naturaleza, es dable, la concurrencia de varios individuos, dándose la participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito penal; como ejemplo tendríamos

¹⁷⁵ González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, México. 1992. 10ª ed. págs. 310 y 311.

que en el delito de homicidio por ejemplo: participan diversos individuos, ya sea en la planeación o en la ejecución y toca a cada uno una actividad distinta dentro del mismo fin concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configurando el concurso eventual o participación, de otro modo, si la estructura de tipo requiere de dos o más sujetos activos, puede integrarse la participación necesaria.

El comentario al respecto del maestro Francisco Pavón Vasconcelos es el siguiente: La participación o concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo define la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, quienes participan tienen el carácter de autores en forma necesaria, pues la descripción del hecho requiere la concurrencia de conductas culpables. Por lo que respecta a la participación o concurso eventual en donde sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, a cual se le designa "eventual" o participación propia. Para que exista la participación o concurso eventual de sujetos es necesario que exista: a) Unidad en el delito, y b) Pluralidad de personas. CAVALLLO,¹⁷⁶ afirma que sólo con estos elementos es posible, elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de autor del delito.¹⁷⁷

El maestro Carlos Fortán Balestra dice que en la participación necesaria su característica más propia es la pluralidad de autores como exigencia típica. Por lo tanto el delito no puede cometerse sin esa pluralidad de autores. La condición de autores de estos partícipes necesarios, no parece que pueda cuestionarse. Esta teoría plural admite aún distinciones:

a) Casos en que la ley determina para los distintos autores las mismas condiciones, relaciones y circunstancias, y una acción típica que puede ser idéntica.

b) Tipo puede requerir en los partícipes necesarios distintas condiciones o circunstancias y describir para cada uno acciones típicas diferentes.

Los partícipes necesarios no constituyen una concurrencia accidental al delito, sino una exigencia típica.

Edmund Mezger dice, que la participación necesaria requiere hechos punibles, con arreglo a su tipo, es decir, la participación de varias personas. Planteándose el problema de si la pena debe hacer una distinción (acerca de la evolución histórica del concepto y la amplia jurisprudencia al respecto. Véase el

¹⁷⁶ Diritto Penale. II, pág., 762, Napoli, 1955.

¹⁷⁷ CAVALLLO. Loc. Cit.

Leipz komm., lug, cit.). No caben aquí los casos en que la otra persona constituye únicamente el objeto del hecho punible.

3. Codelincuencia.- Consiste en la perpetración del delito por varios agentes, quienes ejecutan un acto directamente encaminado a su consumación y resultan responsables de hecho todos los coparticipes, siendo presupuesto necesario, el que se den las condiciones subjetivas y objetivas de la figura legal. (Semanao Judicial de la Federación, CXI, pág. 1876).

Son condiciones precisas para la existencia de la codelincuencia:

a) Intención en todos los coparticipes, de realizar un determinado delito, debiendo la intención estar encaminada a su consumación y no tan sólo a la realización de alguno de los actos de su ejecución, de donde resulta que la codelincuencia sólo es posible en los hechos que reúnen los caracteres del delito, tanto los subjetivos como los objetivos.

b) Por otra parte, los coparticipes deben ejecutar, por lo menos, algún acto encaminado directa o indirectamente a la producción característicos de éste, ya que basta con que su actividad tienda a la ejecución del hecho delictuosa (Semanao Judicial de la Federación, CX, pág. 206-207).

Jiménez de Asúa nos señala que en un ilícito penal, no siempre habrá la intervención de un solo agente; también puede ser cometido por varios individuos que se ponen de acuerdo y dividen entre sí el esfuerzo para realizar el hecho criminal. A la participación en la que cooperan varios individuos en la realización de un hecho delictivo, se le denomina codelincuencia.¹⁷⁸

4.- Muchedumbre Delincentes. El comentario al respecto del maestro Carrancá y Trujillo: "Mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictivos, las muchedumbres delincentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integra de modo heterogéneo; en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forma parte; desecha los buenos sentimientos y se dejan dominar por los perversos y antisociales; ocurre un proceso de sugestión de miembro a miembro, llevándose a cabo del delito... Los partícipes, según Sighele, ya que han sido inducidos a cometer el delito en circunstancias excepcionales, deben ser estimados como menos temibles que el delincuente aislado o asociado... mas no siempre deberá corresponder a todos pena atenuada; puede tocarles hasta agravada, según la temibilidad individual revelada."¹⁷⁹

¹⁷⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pág. 365.

¹⁷⁹ Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, T II, pág. 153, México, 1956.

El juspenalista Mariano Jiménez Huerta destaca la existencia de un fondo de inferioridad en la psicología de las masas: actúan por tendencias y simpatías y no por lógica y análisis, con predominio de la vida efectiva sobre el razonamiento; del cual se desprende su impulsividad, sugestividad y domesticidad, su simplismo psicológico tendiente a lo malo y cruel; destaca en las masa lo mecánico y lo intuitivo de las funciones mentales y así la asociación de ideas prevalece sobre el razonamiento, la imaginación espontánea encima del razonamiento, la imaginación espontánea sobre la racional y constructiva, sobre el espíritu crítico la fe ciega, sobre el dominio de sí mismo el arrebató. Sobre la racional y constructiva, sobre el espíritu crítico de fe ciega, sobre el dominio de sí mismo el arrebató, sobre la defensa la agresividad; estas masa carecen de alma superior; ignoran lo que quieren, pero sí saben lo que odian o niegan y están dispuestas a causas daño; es nula su capacidad constructiva; el acercamiento de estas masas es la coincidencia de sus deseos de destrucción, de la innata inclinación al mal, del complejo de inferioridad moral y material, por lo tanto, surge un deseo para medir esa inferioridad con la fuerza de la multitud. Por lo cual puede distinguirse entre la minoría directora y la mayoría dirigida.¹⁸⁰

De conformidad con lo estipulado en los artículos 51 y 52 del Código Penal, los jueces tomarán en consideración, para individualizar la pena, todas las situaciones en que se encontraba el sujeto al momento de delinquir, tomando en cuenta las que se refieren al hecho y las personales del infractor y de los ofendidos. Por lo cual el juzgador deberán ajustar certeramente las sanciones, teniendo en cuenta que los delincuentes pertenecen a una muchedumbre criminal, o de ser sus conductores, o bien, si estos sujetos son verdaderamente temibles y que aprovechan la ocasión para cometer el delito incorporándose a la masa.

Jiménez de Asúa hace mención de que existe delitos multitudinarios, en los cuales participan una muchedumbre de personas, que sin previo acuerdo se unen para delinquir.

El maestro Eugenio Cuello Calón dice que otra modalidad de participación en el delito, es la denominada muchedumbre delincuente. Al respecto afirma los investigadores de estos hechos, entre los cuales desta Sighele, que los delitos realizados bajo el dominio de una sugestión muy poderosa, por lo menos debe atenuar la responsabilidad de sus autores. Según Sighele, en la determinación de ésta debe distinguirse entre los conductores de la muchedumbre, quienes deberán recibir una pena mayor por su responsabilidad, y los individuos que la forma, deberán ser castigados con penas atenuadas.¹⁸¹

¹⁸⁰ Para una noción más amplia puede consultarse directamente el texto de Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, t. II, Cap. XXI (epígrafe último).

¹⁸¹ Sighele, la folla delincuente, Turin, 1910

Por su parte, el maestro Ignacio Villalobos al respecto dice que existe una forma de participación en la cual sin duda existen factores diversos, en los cuales concurren una muchedumbre de sujetos, sin previo acuerdo criminal, aunque posiblemente con un fondo común de sentimientos, de ideas y más aún de pasiones que cada individuo ha sabido y podido adaptarse y conservar dentro de la disciplina social, pero que se exaltan y se creen más justificadas en la acción ante las actitudes unánimes de la gente y en el anónimo que brindan las circunstancias, aceptando los hechos como de una especie de tercero (el conjunto) y no como propios. Sólo hace falta una provocación, un arrebato para que cada individuo se sume a la marea del grupo y ejecute actos que solo no haría.

Existen en estos grupos una organización resulta a mantener sus credos o sus ambiciones por cualquier medio, lo que ya se considera como un elemento de mayor peligrosidad; una premeditación de los que ha de suceder y no una voluntad de llevarlo a cabo sobre el admitido supuesto de que será un acto heroico y no un delito. En ocasiones se usan uniformes o distintivos que fortalecen su espíritu corporativo, y en el medio alienta, siempre, la tendencia a contrariar o "superar" las formas, las limitaciones y los usos consagrados contra su manera de pensar; egoísmo de banda, desprecio o aversión por un orden admitido que no satisface sus ideales; etc. Cuando estos conjuntos se presenta en acción, pos sí o por por partidas, sería muy grave error tomar en cuenta sólo el número y equiparar los casos con los de las multitudes eventualmente impulsadas y seguramente semi inconscientes.

Existen opiniones radicalmente desfavorables, por lo que Maggiore en su *Trat. II*, pág. 43, trad, en español de la quinta edición dice: "A decir verdad, el delito cometido debería agravarse que atenuarse. El que se agrega a una multitud en vez de mantenerse prudentemente aparte, casi siempre pertenece a esta ralea de facinerosos y pícaros, listo en todo momento del anónimo y la excusa de irresponsabilidad. Contra gentes de tan baja ralea debiera emplear la ley todos sus rigores, en vez de protegerlos con el manto de una mal entendida indulgencia."

Conviene tener un cuidado especial para investigar, en cada caso, la clase de delito que se ha cometido, si se trata de un hecho verdaderamente ocasional en el acusado o éste ya tiene antecedentes semejantes; si el delito cometido es el que puede suponerse provocado por las circunstancias o es otro que se haya cometido aprovechando la ocasión..., etc.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El ilícito penal motivo de nuestro estudio, que en los términos que está descrito en el Título Séptimo. Capítulo I del Código Penal Federal vigente, resulta impreciso, porque al estar plasmado como "DELITOS CONTRA LA SALUD" nos conduce a grandes confusiones respecto al bien jurídico. En conclusión se propone el cambio de tal descripción, por el de Delito Contra la Salud Pública, como se leía en los Códigos Penales Federales de los años 1871 y 1929.

SEGUNDA. Atendiendo al bien jurídico protegido por el Delito Contra la Salud Pública, es posible clasificar doctrinariamente a éste como de peligro, porque quien lo comete pone en riesgo bienes jurídicos de indiscutible relevancia, como es la salud del ser humano.

TERCERA. La problemática de participación delictuosa como consecuencia de la drogadicción, se ha tomado en cáncer social a nivel mundial, a grado tal que sin duda alguna ha convertido a nuestro país en un centro de paso y consumo en extremo fértil para el narcotráfico, el cual ha penetrado en todas las clases sociales incluyendo a las autoridades gubernamentales y policiales.

CUARTA. Consideramos que constituye un imperativo inaplazable combatir dicha actividad contra la salud en todas sus modalidades y variantes con leyes más severas y eficaces, incluyendo la de establecer la reclusión perpetua de los infractores penales, aunque éste sea menor de edad; es necesario que el legislador tome en cuenta las omisiones en relación a la participación delictuosa de éste y se le niega la libertad procedimental, debido a la gravedad del delito.

QUINTA. Se encomienda al Gobierno Federal una atención verdadera al campo; y que lo que se produzca tenga un mejor precio y un amplio mercado y de esta manera ayudar a que los campesinos colaboren de una forma más amplia con el país y se termine la relación que existe con los narcotraficantes. Y evitar que éstos sigan construyendo imperios comerciales y cúpulas de poder.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manuel de Derecho Penal, Parte General, Tercera edición. Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1989.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, S.A., México, 1991

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Décimo Sexta edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1981

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Décimo Octavo edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1981

FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho penal, Parte General, Tomo II, Segunda edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1983.

GONZALO DE LA VEGA, Francisco. El Código penal Comentado, Décima edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1992.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa, México, 1991.

HASSEMER, Vinfried. Fundamentos del Derecho Penal, Ed. Losada, Bosch, Barcelona, 1984.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951 y otras ediciones.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho penal Mexicano, Introducción al Estudio de las Figuras típicas, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1972.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular, Tomo II, Ed. Porrúa, S.A., México, 1995.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, Parte General, tercera edición, Ed. Trillas, México, 1994.

MEZGER, EDMUNDO. Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 1985.

- PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manuel de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Décima Segunda edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1995.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Programa de Derecho Penal*, Tercera edición, Ed. Trillas, México, 1990.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Décimo Quinta edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1993.
- PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal, Tomo III*, Madrid, 1990.
- SAINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tercera edición, Bosch, Barcelona, 1990.
- SOLER Sebastián. *Derecho Penal Argentino, Tomo V*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1970.
- VILLALOBOS IGNACIO. *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Quinta edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General (IV)*, Buenos Aires, 1987.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manuel de Derecho Penal, Parte General*, Segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, Buenos Aires, 1988.

BIBLIOGRAFIA DOCUMENTAL

Código Penal para el Distrito Federal, 57ª. Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1996.

Jurisprudencia. Poder Judicial de la Federación, Tesis de Ejecutorias (1917-1985), Penal, México, 1985.