

7



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ARAGÓN**

**LA INCONFIGURACIÓN DE LA CULPA EN EL DELITO  
DEL PELIGRO DEL CONTAGIO, TIPIFICADO EN LA  
LEY SUSTANTIVA PENAL FEDERAL**

295913

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A:  
ISMAEL ALCÁNTARA VÁZQUEZ

ASESOR:  
LIC. MARÍA ANTONIETA LANDEROS CAMARENA



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.

**DEDICADO A MI HIJA SCARLET  
Y  
A MI ESPOSA YESENIA.**

**A mis padres, esposa, hija y  
hermanos, quienes con su amor  
contribuyeron a que culminara el  
presente análisis.**

**Al Licenciado Sadot Javier  
Andrade Martínez, quien con su  
apoyo incondicional de maestro y  
amigo, ministró las bases de mi  
formación profesional,  
enriqueciendo mis conocimientos  
y haciendo posible con ello que  
culminara con el presente  
estudio.**

**A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Campus Aragón, por la formación académica que me brindó a través de su profesorado.**

**A la Licenciada María Antonieta Landeros Camarena, por su confianza y apoyo desmedidos, quien hizo posible la elaboración del presente trabajo al guiarme en su composición.**

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	
<b>CAPITULO 1.</b>	
1.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA FIGURA DELICTIVA DENOMINADA DEL PELIGRO DEL CONTAGIO.	2
1.1 El Código Penal de 1929.	2
1.2 La entrada en vigor del Código Penal de 1931 y su segunda reforma.	10
1.3 En la quincuagésima primera y quincuagésima octava reformas, de la Ley Sustantiva Penal en su momento aplicable al Fuero Federal y al Fuero Común.	23
1.4 En la creación del Código Penal para el Distrito Federal.	33
<b>CAPITULO 2.</b>	
2.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS FIGURAS TÍPICAS.	37
2.1 Preámbulo de Interpretación de la Ley.	37
2.1.1 Influencia de los elementos del tipo en la interpretación de la Ley.	39
2.1.2 Elementos del tipo.	41
2.2 Objetivo o Descriptivo.	43
2.2.1 Normativo.	50
2.2.2 Subjetivo.	52
2.3 Clasificación de las figuras delictivas por su estructura típica y por su contenido delictivo.	55

## INTRODUCCIÓN

Ahora bien, con el objeto de verificar si en la especie la estructura típica de la figura delictiva prevista en el artículo 199 bis del Código Penal de aplicación Federal, cumple con el propósito para la cual fue creada por la segunda reforma al Código de 1931, misma que con la aparición de la enfermedad del siglo denominada SIDA y ante la insuficiencia de los conocimientos científicos para su cura, nuevamente cobró importancia por sus pretendidos alcances o aplicación, a efecto de comprender más a fondo las necesidades de su creación y evolución, a través del presente estudio se hizo el análisis cronológico de su evolución a lo largo de la historia en los Cuerpos Penales de 1929 y el que actualmente se encuentra vigente en materia de aplicación en toda la República, para luego una vez definida su evolución histórica y la influencia de ésta sobre su contenido estructural, hacer un recorrido por lo que aspectos doctrinarios de la estructura y contenido de las figuras típicas, en la que se hizo un preámbulo sobre lo que es la interpretación de la ley y su influencia en el conocimiento en particular de la figuras delictivas previstas en los Cuerpos de Ley Penales, así como la importancia e influencia que ejercen de los elementos típicos en la definición de lo que habrá de entenderse por antijurídico para la ley sustantiva a la materia que nos ocupa y la clasificación de dichos tipos penales en orden a su contenido o estructura, todo ello con el objeto de comprender mejor los alcances del delito materia del presente trabajo, para posteriormente una vez agotado lo anterior, adentrarnos a parte de los elementos del delito que en la especie tienen influencia en el presente análisis, entre los que se encuentran la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para una vez hecho lo anterior, llegar a una conclusión en la presente tesis acerca de los alcances de la figura delictiva afecta a nuestro estudio, no sin antes dejar acotado que a la par de cada uno de los aspectos dogmáticos analizados, definir las repercusiones o influencia que ejercen sobre el contenido del delito denominado Del Peligro del Contagio, tipificado en el artículo 199 del Cuerpo de Ley Sustantiva a la materia de aplicación Federal.

## **CAPITULO 1**

### **1.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA FIGURA DELICTIVA DENOMINADA DEL PELIGRO DEL CONTAGIO**

**1.1 El Código Penal de 1929**

**1.2 La Entrada en vigor del Código Penal de 1931 y su segunda reforma**

**1.3 En la quincuagésima primera y quincuagésima octava reformas, de la Ley Sustantiva Penal en su momento aplicable al Fuero Federal y al Fuero Común**

**1.4 En la creación del Código Penal para El Distrito Federal**

## 1.- ANTECEDENTES HISTORICO-JURIDICOS DE LA FIGURA DELICTIVA DENOMINADA DEL PELIGRO DEL CONTAGIO

### 1.1 El Código Penal de 1929

Previo a entrar al estudio de fondo de la estructura actual de la figura delictiva denominada del peligro del contagio, tipificada en el artículo 199 Bis del Código Penal Federal, necesario resulta el hacer una semblanza y análisis de sus antecedentes históricos a efecto de comprender en forma adecuada sus orígenes, alcance, contenido y significado.

El primer antecedente histórico de la figura típica que describe el delito a estudio, lo encontramos en el abrogado Código Penal de 1929, en el que dentro del título séptimo, el legislador dedicó el capítulo tercero a todo lo relacionado con el contagio de enfermedades venéreas denominándolo Del Contagio Sexual y del Nutricio, el cual en su inicio a partir del artículo 526 fijaba los lineamientos genéricos en lo tocante al contagio de enfermedades venéreas, pues a la letra decía:

*“ARTICULO 526.- Toda persona que transmita a otra sífilis o una enfermedad venérea, será responsable en los términos de los artículos siguientes”.*

Dispositivo del cual previo a entrar a la lectura de los demás que comprendían el capítulo, advertía que nos encontrábamos en presencia de un delito de resultado material, por encarnarse en él, el hecho de un contagio, esto es, la lesión efectiva a un bien jurídico.

Por su parte el artículo 527 del citado cuerpo de ley, establecía en forma concreta en qué se hacía consistir la conducta antijurídica relevante para la Ley Penal, ya que al efecto en su descripción establecía:

*“ARTICULO 527.- Al que sabiéndose enfermo de sífilis o de un mal venéreo contagie a otro, se le aplicará una sanción de segregación, según las circunstancias del caso, de uno a seis años, y multa de diez a cuarenta días de utilidad, sin perjuicio de reparar totalmente el daño causado”.*

Mientras que por su parte el artículo 528, a través de un sistema de números cerrados, admitía la posibilidad de la comisión del delito en forma culposa, al establecerse en el dispositivo enunciado que:

*“ARTICULO 528.- Cuando el contaminador no sepa que está enfermo o, por su ostensible rudeza, ignore las consecuencias del contagio, o cuando, por cualquier otro motivo se pruebe la falta de intención, se le condenará al pago de una multa de cinco a veinte días de utilidad y a la reparación del daño causado”.*

Destacándose en este apartado, que de la descripción de lo injusto, se deduce, que en orden a lo que el autor Mariano Jiménez Huerta ha calificado como el modo en que la conducta típica contradice la norma,<sup>1</sup> esta se perfilaba en forma de acción o bien de comisión por omisión por encontrarse en forma expresa en el dispositivo, un resultado material, en tanto que en forma intrínseca un deber jurídico de prohibición, aspectos estos que en su conjunto impedían la trasgresión de la norma mediante una omisión simple, dado que esta forma de la conducta no trae aparejado un resultado material así como la violación a la norma prohibitiva.

Por otra parte, apreciando la descripción desde el punto de vista abstracto, esta podía integrarse inicialmente por un sólo acto, esto es, en la forma de las que el aludido autor ha calificado como unisubsistente,<sup>2</sup> o bien, por una diversidad de actos, pudiendo ser como plurisubsistente; siendo que en orden a la consumación de ésta, la misma se traducían como un delito instantáneo, en virtud de que el comportamiento humano al tiempo que transgrede la norma penal, lesiona el bien jurídico protegido.<sup>3</sup>

En lo tocante al sujeto activo, éste requería de una calidad especial o situación natural, por implicar el hecho de estar contagiado el agente del evento con una enfermedad venérea, traducéndose ello como una situación

---

<sup>1</sup> Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al Estudio de las Figuras Típicas, 1ra. ed., Edit. Porrúa, S.A., 1972, Pág. 123 a 154.

<sup>2</sup> Jiménez Huerta, Mariano, 05. cit.

<sup>3</sup> Idem, Pág. 153

de la vida fisiológica; lo que además nos lleva a concluir que el delito era de propia mano.

En otro plano, esto es, el de la tipicidad, al abordar el tipo en su aspecto abstracto o estructura, encontramos que éste posee elementos descriptivos y subjetivos, consistente el primero en hacer referencia en forma tangible a su resultado material, traducido en el contagio de un mal venéreo; en tanto el segundo de estos, de carácter subjetivo (sabiéndose) matizado en atención a lo prescrito por Jiménez Huerta, por el modo de estar del coeficiente psicológico de la conducta del sujeto activo;<sup>4</sup> ya que, quien realizaba la conducta ilícita, debía tener conocimiento y estar consciente de que se encontraba infectado de un mal venéreo sin embargo, en líneas anteriores, advertíamos que la presencia del elemento subjetivo, estaba patente en el artículo 527 del abrogado Catálogo de las Figuras Delictivas de 1929, mientras que en el 528, la ausencia de susodicho elemento abrigaba la posibilidad de cometer el delito en forma culposa, sin que esta última afirmación, deba entenderse en el sentido de que, somos partidarios del criterio que algunos penalistas como Porte Petit sustentaban, al decir que cuando un tipo posee un elemento subjetivo, el mismo se traduce en un dolo específico, lo que a la postre lleva a considerar al delito, como única y exclusivamente comisible a título de dolo, criterio respecto del que no nos encontramos de acuerdo en su totalidad, ni tampoco nos apegamos a él en forma íntegra; debiendo aclararse en este apartado que la deducción hecha en lo tocante a la estructura del tipo en análisis, encuentra sus bases en virtud de que en el artículo 528, al decir en forma alternativamente que:

*“Cuando el contaminador no sepa que está enfermo o, por su ostensible rudeza, ignore las consecuencias del contagio, o cuando, por cualquier otro motivo se pruebe la falta de intención”*

Aspectos todos estos que nos llevan a concluir que ese estar del coeficiente psicológico de la conducta, referido al conocimiento de saber

---

<sup>4</sup> Ob. Cit. Pág. 89

encontrarse infectado de un mal venéreo, era capaz de erigirse hacia una intención de contagiar.

Continuando con el análisis de la estructura del tipo en cita, consideramos al mismo como básico o genérico, dado que basta la lesión al bien jurídico para concretizarlo y definirlo como de daño, toda vez que el objeto material del delito se ve afectado en forma material y una mutación en el mundo físico y, como simple, por tutela a través de su estructura, únicamente un bien jurídico, esto es, la salud de las personas.

En lo tocante al artículo 529 del citado Cuerpo de Ley, que a la letra decía:

*“ARTICULO 529.- La contaminación aceptada por la víctima no modificará el delito ni las sanciones de éste por lo que se refiere al contaminador, el contagiado quedará exento de toda sanción”.*

Se denota que, dicho dispositivo hacía referencia a la inoperabilidad de la causa excluyente del delito, ubicada dentro de las de justificación o licitud, llamada *consentimiento del pasivo*, de lo cual se desprende que la figura típica citada, tutelaba el bien o interés jurídico en una forma eminentemente objetiva, por encarnarse en ella una protección pública al tutelar el bien jurídico independientemente de la voluntad de aquél a quien pertenecía y excluyendo únicamente cuando existía el consentimiento del pasivo, la reparación del daño.

Por su parte el artículo 530 del multicitado Cuerpo de Ley, se refería a una situación procesal, al concretarse simplemente a establecer el requisito de procedibilidad denominado querrela, ello solamente en el supuesto de que el contagio se suscitara entre cónyuges, pues al efecto dicho dispositivo decía:

*“ARTICULO 530.- Cuando la persona contagiada fuere uno de los cónyuges, sólo podrá procederse a instancia del cónyuge contagiado o a petición de sus parientes consanguíneos en primer grado”.*

Ahora bien, en lo referente a una de las consecuencias jurídicas del delito, esto es a la pena, de la que en su aspecto de punibilidad, sólo cabe

mencionar, que cuando el delito era cometido en forma dolosa, la amenaza de la ley se conjugaba estableciendo en el artículo 527 sanción corporal y de carácter pecuniario, al poder imponer el juzgador entre uno y seis años de prisión y de diez a cuarenta días de multa, precepto legal que asimismo comprendía otra de las consecuencias del delito, relativa a la de la reparación del daño; por su parte el artículo 528 hacía alusión a la punibilidad para el caso de que el injusto fuera perpetrado en forma culposa, en cuyo caso se establecía el pago de una multa que estribaba entre cinco y veinte días de utilidad, así como la reparación del daño.

Del capítulo en comento, resulta interesante entre otras situaciones, lo preceptuado en el artículo 531 del cuerpo de ley aludido, al establecerse en dicho dispositivo que:

*“ARTICULO 531.- La sífilis y las enfermedades venéreas serán de curación obligatoria. Los médicos están obligados a advertir al enfermo de sífilis, o de un mal venéreo, el carácter contagioso de su enfermedad, las consecuencias legales si contagia a otra persona y la prohibición de contraer matrimonio mientras existe el peligro de contagio la contravención de lo dispuesto en este artículo, se sancionará con multa de cinco a veinte días de utilidad. En caso de reincidencia, se duplicará la multa, y cuando el facultativo contravenga por tercera o más veces esta disposición, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión por un año cada vez que incurra en una nueva contravención además de la multa duplicada que, en cada caso pagará”.*

Disposición que a primera vista, en orden a su redacción, parecería tratarse de una de las llamadas contravenciones mencionadas por Giuseppe Bettiol,<sup>5</sup> sin embargo, en orden a lo estatuido por el Capítulo I del Título Primero del Libro Primero del abrogado Código Penal de 1929, debe concluirse que lo que se preceptúa en el dispositivo en comento, era un delito y no una contravención, dado que a ese aspecto el artículo 11 del Cuerpo de Ley enunciado establecía:

---

<sup>5</sup> Giuseppe Bettiol, Derecho Penal Parte General, 4ta. ed., Editorial Temis Bogotá, Pág. 90

*"ARTICULO 11.- Delito es: La lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.*

*Los actos y las omisiones conminados con una sanción en el Libro Tercero de este Código, son los tipos legales de los delitos".*

Por último, creemos pertinente transcribir en forma íntegra lo dispuesto en los artículos 532, 533 y 534, para posteriormente en concordancia con el artículo 535, hacer su análisis en conjunto; por lo que, atentos al orden de ideas expuesto, se procede a hacer la transcripción correspondiente:

*"ARTICULO 532.- Si una nodriza o ama sabe o sospecha, que se encuentra atacada de sífilis, tuberculosis, blenorragia, oftalmía purulenta, tracoma, chancro blando, granuloma venéreo, lepra o tiña, no podrá amamantar al hijo de otra persona, a no ser que el niño de que se trate padezca la misma enfermedad".*

*"ARTICULO 533.- Los niños heredo-sifilíticos no podrán ser amamantados por otra mujer que no sea la madre. Cuando ésta no pueda hacerlo, serán criados por alimentación artificial o amamantados por nodrizas ya sifilíticas, debiendo someterse éstas y el niño al tratamiento médico correspondiente".*

*"ARTICULO 534.- Si el niño estuviere sano y la madre enferma por contagio, la alimentación será artificial o por nodriza sana; pero la madre no podrá amamantar a su hijo".*

Artículos que además de fijar los parámetros para la aplicación del que le sucedía en orden cronológico, los mismos en forma intrínseca (*subinteligencia*), advertían que el presupuesto específico en el delito en análisis, consistía en el hecho de que el pasivo no se encontrase contagiado con la misma enfermedad venérea que padecía el sujeto activo, tal y como se deduce de su redacción, en la que se prohíbe alimentar a su menor por quien se encontraba contagiada y, viceversa, prohibía a la persona sana alimentar a un menor heredo-sifilítico; numerales que además relevaban a la madre de la obligación de darle subsistencia a su hijo a través del seno

---

materno, en caso de que ella se encontrare contagiada y el niño sano, lo que se traducía en un impedimento legítimo para amamantar a su menor hijo.

Por su parte, el artículo 535 en su párrafo primero, únicamente estatúa que la contravención a los artículos transcritos se sancionaría como delito intencional o como imprudencia punible, según los casos y de acuerdo con los artículos 527 y 528.

Finalmente, en lo tocante a lo preceptuado en el capítulo, cabe hacer la aclaración, que si bien es cierto, fundamentalmente se concretaba a lo relacionado con las enfermedades venéreas, también dentro de éste se comprendía la propagación dolosa entre los humanos de cualquier otra enfermedad, la cual a diferencia del contagio venéreo, no requería de medios específicos para que se suscitara la misma, pues a ese respecto, la fracción I del artículo 535, a la letra decía:

*“Se impondrá arresto o segregación hasta seis años:*

*I.- Al que intencionalmente propague cualquier otra enfermedad sean cual fueren los medios; ”*

Respecto al delito analizado, Francisco González de la Vega, en la primera edición de su libro de Derecho Penal, sostuvo que:

*“Si en las lesiones se comprende toda alteración en la salud; si el objeto de la tutela penal es la protección general de la integridad del individuo, el contagio de cualquiera de las enfermedades infecciosas, dentro de ellas las comúnmente llamadas venéreas: sífilis y gonorrea, puede ser constitutivo de lesiones, cuando dicho contagio se cause en forma dolosa intencional o culposa. Cuando un enfermo, consciente de su dolencia, practica relaciones sexuales con el propósito directo de transmitir su sífilis o su blenorragia, y lo logra, se conforma el delito intencional de lesiones; también, cuando el enfermo, conocedor de su mal y enterado de su facilidad de propagación, ejecuta acto sexual contagiando al amante sin habérselo propuesto, será culpable en forma intencional, por la eventualidad del riesgo que pudo ser previsto; si el contagio, ausente de toda intencionalidad directa o eventual, obedece a las negligencias o falta de reflexión del contaminador,*

*se integrará el delito de imprudencia con daño de lesiones... A esta lógica obedeció la supresión en la legislación actual, del capítulo denominado Del Contagio Sexual y del Nutricio del Código de 1929, en el que, con torpe estructura, se pretendía dar solución a tan ingente problema”.*<sup>6</sup>

Criterio que no compartimos en su totalidad, en función de que, si bien es cierto, por cuanto a la estructura contemplada por el Código Penal actual, le asiste la razón al considerar el contagio de cualquier enfermedad venérea como constitutivo del delito de lesiones previsto en el artículo 288 del Cuerpo de Ley citado, sea éste en forma dolosa o culposa, dentro del cual además, se genera una presunción *luris Tantum* de premeditación en lo tocante al contagio de enfermedades venéreas, atentos a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 315 del Código Penal Federal, sin embargo, consideramos incorrecto que el autor citado a la luz del criterio trascrito, haya calificado de torpe la estructura del Código Penal de 1929, ya que dicho criterio más que obedecer a la reconstrucción dogmática del Cuerpo de Ley de 1929, obedece a la de 1931, ponderándose que a ese respecto, creemos más conveniente considerar que la reconstrucción doctrinal del cuerpo de ley abrogado, debía perfilarse atentos a lo estatuido por el principio de especialidad por la aparente concurrencia de la norma penal del contagio venéreo y la de lesiones, pues si bien una y otra tenían como bien jurídico tutelado a la integridad corporal de las personas, el primero de los tipos mencionados, requería de medios específicos de comisión, además de determinar una serie de circunstancias concretas por cuanto al contagio venéreo, teniendo a dicho contagio como la lesión concreta a sancionar; destacándose que respecto al citado principio, el autor español Luis Jiménez de Asúa ha dicho que:

*“El principio de especialidad puede formularse diciendo que en caso de que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones de ley, la ley o la disposición especial será aplicable: Lex specialis derogat logi*

---

<sup>6</sup> González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Los Delitos Tomo I, Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, 1ª. Ed. 1935, Pág. 33 y 34

*generalí. Se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hayan en relación general y especial, cuando los requisitos del tipo esencial están todos contenidos, en el que figuran además otras condiciones calificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. Las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma Ley.<sup>7</sup>*

## 1.2 La Entrada En Vigor Del Código Penal De 1931 Y Su Segunda Reforma.

En la entrada en vigor del Código Penal de 1931, éste dentro de su libro segundo, no poseía ninguna tipificación respecto al contagio de enfermedades venéreas o de otro tipo, pues ya autores como Francisco González de la Vega<sup>8</sup> y el propio Mariano Jiménez Huerta<sup>9</sup>, han escrito que el Código aludido, rectificando el sistema del Código Penal de 1929, no consideró oportuno incluir en su texto ningún tipo especial de delito relativo al contagio venéreo, en virtud de que, el contagio de enfermedades venéreas o no, realizado por cualquier vía, es constitutivo del delito de lesiones cuando se cause dolosa o culposamente, el cual atento a su estructura, incluso admite la tentativa, por lo que obedeciendo a esa lógica había sido suprimido en la legislación actual el capítulo denominado Del Contagio Sexual y del Nutricio que contenía el Código de 1929, sin embargo, como lo refiere Jiménez Huerta, fue a sugerencia de González de la Vega, quien enfeudado con las ideas que desde 1925 venía manteniendo Luis Jiménez de Asúa, creó el tipo de estado de peligro para prevenir las actividades sexuales de los enfermos venéreos, destacándose en este momento, que la propuesta de creación de esa figura delictiva de estado de peligro, obedecía a la inquietud que tenía González de la Vega, para prevenir las cópulas imprudentes de los

---

<sup>7</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *La Ley y el Delito*, Principios de Derecho Penal, 1ª. Ed. en México, Editorial Hermes/ Sudamérica, Pág. 146

<sup>8</sup> Ob. Cit. 7 Pág. 33 y 34

<sup>9</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo II, *La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana*, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, Pág. 246 y 247

averiados y los gonorréicos cuando el daño no se consumaba, pues a ese respecto en la primera edición del libro del citado autor, en forma textual dijo:

*“No obstante, creemos indispensable la erección de un tipo de delito de estado de peligro, para prevenir las actividades sexuales de los enfermos venéreos, sancionándolas en sí mismas con independencia de que consumara el contagio. Así como se han estatuido los delitos de portación de armas prohibidas, de conspiración, de vagancia, de disparo de arma de fuego, de comercio de enervantes, etc., etc., cuyas penas se aplican formalmente, autónomamente, por el peligro social que denotan, sin esperar a que se origine un daño positivo, así, los actos sexuales de LUCTIVOS o gonocócicos deben prohibirse y ponerse, sin aguardar a la consumación del perjuicio, muchas veces irreparable. Es verdad que el contacto erótico realizado con el propósito de transmitir una dolencia, caerá dentro del grado de la tentativa cuando la contaminación no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente; pero como la tentativa es grado de los delitos intencionales y nunca de los culposos, escaparán de represión penal las cópulas imprudentes de los averiados y de los gonorréicos, cuando el daño no se consuma; esos enfermos alentados por la ausencia del contagio de una o varias copulaciones y con la confianza que inspira la impunidad, se dedicarán sin escrúpulos a una libre actividad erótica en la que causarán víctimas muchas veces ignoradas”.*<sup>10</sup>

Atentos a lo anterior, el 28 de septiembre de 1937, el titular del ejecutivo de la unión, haciendo uso de la facultad concedida por la fracción I del artículo 71 del Pacto Federal, envió a la Cámara de Diputados una propuesta de iniciativa de ley que tenía sus ondas raíces en el criterio transcrito con antelación; propuesta de la que consideramos importante hacer la transcripción de su exposición de motivos para efectos de conocer a fondo y en forma más eficiente, las razones que tuvo el legislador para considerar la conducta prevista en el tipo materia del estudio como delictiva.

*“Ciudadanos Secretarios de la H. Cámara de Diputados.- Presente.*

---

<sup>10</sup> Idem 7 Pág. 34

*"Es deber imprescindible del Estado proteger la salud de los elementos sociales, y para ello debe, no sólo dictar las medidas de salubridad tendientes a conservar la salud de las personas sanas y a impedir que sean contaminadas por los enfermos peligrosos, sino expedir además todas aquellas disposiciones que permitan completar y hacer efectiva la labor que en tal sentido desarrollan las autoridades sanitarias. Esas normas, más que restringir cualquier aspecto de las relaciones sociales de las personas, deben tender a crear el hábito de precaución, para que se tomen en cada caso las medidas adecuadas para combatir el mal que en determinado momento se haya podido contraer. Una necesidad de profilaxis social impone la obligación de considerar como delito el hecho de que las personas enfermas de ciertos padecimientos contagiosos expongan a otras, por las relaciones íntimas que con ellas lleven, al peligro de contraer los mismos males. El contagio, una vez producido, se comprende en la definición de lesiones que contiene el Código Penal; pero por el hecho de que una persona exponga a otra al contagio de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, hasta ahora ha carecido de sanción, ya que no se había creado una figura delictiva que encerrara tal circunstancia, no obstante la trascendencia del daño que puede ocasionar y el estado morboso del agente transmisor. Sin embargo, las características de este género de agentes ameritan un tratamiento especial psíquico-médico que deberá ser llevado a cabo por los Departamentos de Salubridad Pública y de Prevención Social, de acuerdo con las facultades que a cada uno corresponden, para realizar el propósito que se persigue. A ese fin se debe dejar un amplio margen de apreciación a los tribunales, para aplicar, en cada caso, las sanciones que se fijen a esa nueva categoría de hechos delictuosos, después de que los mismos tribunales hayan hecho una cuidadosa comprobación de los elementos constitutivos del delito. Los sexuales son una de las formas de contagio que mayores perjuicios acarrea a la colectividad, tanto por los graves efectos que generalmente ocasionan a los individuos las enfermedades así transmitidas, cuanto por la funesta*

---

*influencia que muchas de esas enfermedades ejercen en el vigor y salud de las generaciones futuras. Es verdad que esa forma de contagio ha sido objeto de atención de tiempo atrás, por parte de las autoridades, y que para prevenir las contaminaciones por ese medio se han dictado medidas que han constituido el objetivo central de la reglamentación de la prostitución; sin embargo, las estadísticas y la experiencia obtenida durante los sesenta y cinco años que ha estado en vigor el reglamento respectivo, han demostrado que este sistema no sólo es ineficaz por sí mismo para los fines que persigue, sino que en muchos casos ha resultado contraproducente y ha dado origen a que se pensara sustituirlo por otro sistema más adecuado y que estuviera a la vez más en consonancia con el concepto de vida social que va desenvolviéndose en el país, según las nuevas orientaciones adoptadas como normas de gobierno por las últimas administraciones revolucionarias. La reglamentación expresada implica la tolerancia del Estado para el lenocinio y el proxenetismo, circunstancia que facilitaba de manera indudable la trata de blancas, por lo que algunos países, percatados de los inconvenientes que reviste el sistema reglamentarista, desde los puntos de vista médico y social, llevaron este problema al seno de la Sociedad de Naciones, y a la consideración de organizaciones científicas tales como la Unión Internacional contra el Peligro Venéreo. En las conferencias citadas para el efecto, se acordó invitar no sólo a los países que habían tomado parte en ellas, sino a todos los demás del mundo, a seguir las orientaciones que fueron aprobadas en dichas conferencias, y que se pronunciaron justamente por el abolicionismo, de la prostitución. Consecuente con este criterio, nuestro país debe crear un nuevo sistema que permita alcanzar un mayor grado de profilaxis en materia de enfermedades venéreas que el que en realidad se ha venido obteniendo en nuestro medio, sin perder de vista la necesidad de proteger a la sociedad contra los ultrajes a la moral pública y a las buenas costumbres, y la de procurar impedir la corrupción de las personas, evitando la formación de centros de prostitución que no sirven sino para añadir nuevos alicientes a los vicios, contribuyendo*

así a su fomento y propagación. En virtud de las consideraciones que anteceden, y haciendo uso de la facultad que me concede la fracción I del artículo 71 de la Constitución Federal, someto a la deliberación y aprobación de esa H. Cámara, por el digno conducto de ustedes el siguiente. Decreto Artículo 1º. Se reforma el Título Séptimo del Libro Segundo del Código Penal, en los siguientes términos: El Título llevará por rubro "delitos contra la salud", y los artículos que actualmente contiene dicho Título, formarán el Capítulo I, que se denominará "De la tenencia y tráfico de enervantes". Artículo 2º. Se agrega al Capítulo II, en los siguientes términos: Capítulo II. De los delitos de peligro de contagio e incitación a la prostitución. Artículo 199 bis 1. El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga cópula, amamante o, de cualquier manera directa ponga en peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión hasta de seis años y multa hasta de diez mil pesos. Se presumirá el conocimiento de la dolencia, cuando el paciente presente lesiones o manifestaciones externas de enfermedad fácilmente perceptible. Artículo 199 bis 2. Se impondrá prisión hasta de seis años y multa hasta de diez mil pesos: I. Al que utilice medios directos de propagación de enfermedades, y II. Al que utilice medios directos de propagación de una epizootia, una plaga o parásitos o gérmenes nocivos para los cultivos agrícolas o forestales. Artículo 3º. Se reforma el artículo 200 del Código Penal en los siguientes términos: Artículo 200. Se aplicarán prisión hasta de cuatro meses y multa hasta de cincuenta pesos: I. Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los exponga, distribuya o haga circular; II. Al que públicamente o por cualquier medio ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas, y III. Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal. Artículo 4º. Se reforma el artículo 201 del Código Penal, en los siguientes términos: Artículo 201. Se impondrá prisión hasta de tres años y multa hasta de mil pesos: Al que inicie o mantenga en la mendicidad a menores o mujeres, procure o facilite su corrupción. Queda comprendido en

*este caso el patrón que empleare a la mujer o al menor en trabajos que por su naturaleza o por las circunstancias de tiempo o lugar en que se efectúen, los exponga notoriamente a la corrupción. Artículo 6º. Se reforma el artículo 207 del Código Penal, en los siguientes términos: Artículo 207. Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga en este comercio y obtenga de él un lucro cualquiera; II. El que sonsaque o solicite a una persona para que, con otra, comercie sexualmente con su cuerpo, o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y III. El que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente burdeles; casa de cita, o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos...Transitorios. Artículo 1º. Este Decreto entrará en vigor a los sesenta días de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación. Artículo 2º. Se derogan todas las disposiciones que se opongan a las presentes reformas..."*

Habiéndose hecho la propuesta de ley, resulta interesante el apuntar que en el proceso de creación de la misma, al turnarse la propuesta a las comisiones de Justicia y de Salud para el estudio y dictamen del proyecto, éstas en virtud de que consideraron trascendentales susodichas reformas, porque abolían en forma absoluta la prostitución, optaron por enfocar el estudio desde tres puntos de vista: Primero, con relación a la salud colectiva; Segundo, desde el punto de vista ético y Tercero desde el punto de vista de los resultados prácticos, para lo cual en forma textual asentaron:

*"A las Comisiones unidas 2ª. de Justicia y de Salubridad, se turnó para su estudio y dictamen, el proyecto de reformas al Código Penal, en lo que se refiere a delitos contra la salud. Las suscritas Comisiones, desde el principio, consideraron la importancia y trascendencia de las reformas susodichas, ya que implican la abolición absoluta de la reglamentación de la prostitución; por tanto, consideraron como un deber hacer un estudio minucioso de los motivos que impulsaron al Ejecutivo para tomar determinación de tal naturaleza. Desde tres puntos de vista las Comisiones*

enfocaron el estudio de la iniciativa: primero, con relación a la salud colectiva; segundo, desde el punto de vista ético, y tercero, desde el punto de vista de los resultados prácticos obtenidos. De acuerdo con las estadísticas existentes en el Departamento de Salubridad Pública, hay registradas en la capital ocho mil prostitutas, las cuales deberán pasar registro una vez a la semana, o sea cincuenta y dos veces al año; pero resulta que de las ocho mil, ni una sola cumplió con tal disposición, habiéndose obtenido en el año de 1937 el siguiente resultado: una sola prostituta se registró cincuenta y una veces, y alrededor de mil noventa se registraron veinticinco veces a pesar de los esfuerzos hechos por el Departamento. Por otra parte, de tres mil individuos que se curaron en los dispensario de Salubridad, alrededor de la mitad informaron que habían sido contagiados por mujeres con libreto y la otra mitad por mujeres sin libreto, lo cual quiere decir que tan enfermas están las registradas como las que no pasan registro. Además, se tiene el dato preciso del Departamento de que todas las mujeres registradas, que aparentemente están sanas, con un procedimiento de reactivación mediante nitrato de plata se comprueba que están enfermas. Por lo anterior se ve que la salud colectiva nada gana con la reglamentación de la prostitución. Desde el punto de vista ético, el Estado se coloca en un papel muy difícil al tener que tolerar este mal necesario, y funcionarios verdaderamente honestos se ven obligados a dar trámite a solicitudes de casas de asignación, etc., con verdadera repugnancia moral; y si con este sacrificio no se logra ni mejorar la salud ni dar un impulso a la moralidad colectiva, resulta, pues, inútil todo esfuerzo. Las Comisiones creen que no solamente no se gana en moralidad, sino que por el contrario la reglamentación de la prostitución, trae aparejados graves aspectos de disolución de las buenas costumbres, ya que los burdeles, casas de cita y demás centros donde se comercia con el vicio, son una oportunidad para mujeres jóvenes de poca experiencia y también para aquéllas que carecen de una sólida educación hogareña, y dice el adagio que "en el área abierta hasta el más justo peca. Además, esta iniciativa deja absoluta libertad a las

*mujeres para que hagan de su cuerpo en lo personal lo que se les venga en gana; se trata, pues, de destruir el comercio de las mujeres, la trata de blancas y la vil explotación por parte de terceros. Por tanto, del punto de vista ético la abolición de la reglamentación de la prostitución trae evidentes ventajas para el conglomerado social. Del estudio de los dos aspectos anteriores se llega al convencimiento de lo inútil y lo costoso que resulta al Gobierno aferrarse a un sistema anticuado, y que además lesiona la respetabilidad del Estado; se nos dirá que es necesario obligar a las mujeres registradas a que pasen su revista, pero esto resulta punto menos que imposible; además, de acuerdo con la estadística enunciada, resulta que si se procediera con rigor, todas estas mujeres pasarían a los hospitales a curarse, ya que todas están enfermas y se llegaría al caso de que no se podrían atender materialmente. Por otra parte, los hombres que las enfermaron estarán siempre fuera de control, y las que fueran sanando volverían a enfermarse, y aquí sí que se justificaría lo del círculo vicioso. Si, pues, con lo dicho resulta que con la reglamentación de la prostitución nada gana la salud pública, y sí pierde respetabilidad el Estado, sin obtenerse ningunos resultados, la más elemental lógica aconseja abolirla. Como punto complementario, y por tener íntima relación con la iniciativa que es estudiada, advertimos como dato informativo de los dispensarios que tiene establecidos Salubridad, que en una forma espontánea asistieron en el año de 1937 catorce mil mujeres; resulta, pues, que intensificada la labor de estos dispensarios en donde se orienta y se cura a las mujeres, se obtendrían mejores resultados en beneficio de la salud colectiva. La reforma contenida en el artículo 199 bis 1, que se refiere al castigo que se impone a las personas que ponen en peligro de contagio la salud de otra, está perfectamente justificado, ya que actualmente tales hechos carecen de sanción, y como en realidad esos hechos constituyen en sí un delito, nada más justo que así quede instituido en el Código Penal, en beneficio de las personas sanas. Por lo que se refiere a los artículos 199 bis 2, 200 y 201 que imponen pena a las personas que utilicen medios directos para*

*propagar enfermedades en las personas o epizootias, plagas, parásitos nocivos a los cultivos agrícolas o forestales, así como a los que fabriquen, reproduzcan o publiquen libros, estampas, escritos u objetos obscenos o que expongan o hagan circular; igualmente al que por cualquier medio ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas o que invite a otro de modo escandaloso al comercio carnal; lo mismo a aquellos individuos que inicien o mantengan en la mendicidad a menores o a mujeres o les faciliten su corrupción, que castigan a los patronos que empleen mujeres o menores en trabajos que por su naturaleza o por las circunstancias del tiempo o en los lugares que se efectúen, los expongan a la corrupción, las razones que justifican estos artículos son obvias y no necesitan comentario especial, y en tal virtud nos permitimos someter a la aprobación de Vuestra Soberanía, el siguiente Proyecto de Decreto: Artículo 1º. Se reforma el Título Séptimo del Libro Segundo del Código Penal, en los siguientes términos: El Título llevará por rubro "Delitos contra la Salud", y los artículos que actualmente contiene dicho Título, formarán el Capítulo I, que se denominará "De la Tenencia y Tráfico de Enervantes. Artículo 2º. Se agrega el Capítulo II, en los siguientes términos: Capítulo II. De los delitos de peligro de contagio e incitación a la prostitución. Artículo 199 bis 1. El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga cópula, amamante, o de cualquier manera directa ponga en peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión hasta de seis años y multa hasta de diez mil pesos. Se presumirá el conocimiento de la dolencia, cuando el paciente presente lesiones o manifestaciones externas de enfermedad fácilmente perceptibles. Artículo 199 bis 2. Se impondrá prisión hasta de seis años y multa hasta de diez mil pesos: I. Al que utilice medios directos de propagación de enfermedades, y II- Al que utilice medios directos de propagación de una epizootia, una plaga o parásitos o gérmenes nocivos para los cultivos agrícolas o forestales. Artículo 3º. Se reforma el artículo 200 del Código Penal en los siguientes términos: Artículo 200. Se*

*aplicarán prisión hasta de cuatro meses y multa hasta de cincuenta pesos: I. Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los exponga, distribuya o haga circular; II. Al que públicamente o por cualquier medio ejecute o haga ejecutar por otro exhibiciones obscenas, y III. Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal. Artículo 4°. Se reforma el artículo 201 del Código Penal, en los siguientes términos: Artículo 201. Se impondrá prisión hasta de tres años y multa hasta de mil pesos: Al que inicie o mantenga en la mendicidad a menores o mujeres, procure o facilite su corrupción. Queda comprendido en este caso el patrón que empleare a la mujer o al menor en trabajos que por su naturaleza o por las circunstancias de tiempo o lugar, en que se efectúen, los exponga notoriamente a la corrupción. Artículo 5l. Se deroga el artículo 205. Artículo 6°. Se reforma el artículo 207 del Código Penal, en los siguientes términos: Artículo 207. Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga en este comercio y obtenga de él un lucro cualquiera; II. El que sonsaque o solicite a una persona para que, con otra, comercie sexualmente con su cuerpo, o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y III: El que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente burdeles; casas de cita, o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productores. Transitorios. Artículo 1°. Este Decreto entrará en vigor a los sesenta días de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación".*

Una vez hecho lo anterior, el 27 de abril de 1938, en el salón de sesiones de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, al entrar a discusión el proyecto de ley aludido, en lo tocante al tipo que nos ocupa, únicamente el Ciudadano Velarde Adán observó que:

*"Únicamente una aclaración al artículo que dice: El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo..." y enseguida se estipulan las penas que se les dan dentro de un margen más o menos grande. Yo quiero*

*hacer esta aclaración en este sentido: que en muchas ocasiones el padecer una enfermedad venérea, aún de buena fe se puede ignorar. De manera que yo encuentro el artículo un poco confuso en cuanto a esto se refiere. Por ejemplo, se presenta el caso muy común de las mujeres blenorragicas en que las vaginitis gonocócicas casi siempre son desconocidas por ellas, porque no traen ningún sintoma doloroso...” Observación que, no hizo eco en ninguno de los presentes, ya que al finalizar la sesión, dicho proyecto fue aprobado por mayoría de votos sin embargo, en lo tocante a dicha propuesta, quien fuera su autor intelectual, en la segunda edición de su libro, dijo: “Las dificultades de captar con corrección el tipo de delito de peligro, por nosotros propuesto, nótese que el proyecto lo sanciona con prisión, pena inadecuada por su ineficacia ante el problema; con mejor adecuación debió proponerse medida de seguridad consistente en reclusión para los efectos del tratamiento curativo del enfermo”,<sup>11</sup> proyecto que al haberlo pasado al senado para los efectos constitucionales, fue devuelto con modificaciones a la Cámara de Origen, quedando de la siguiente manera:*

*“Artículo 199 bis 1. El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud del otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio. Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

Proyecto que una vez devuelto, fue publicado en forma íntegra en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1940, entrando en vigor sesenta días después de su publicación.

Ahora bien, creemos pertinente destacar en este momento, que la figura típica creada por el legislador de 1940, por cuanto a la atalaya de su antijuridicidad, no ha variado desde su creación sin embargo, resulta necesario el advertir que en orden a su estructura ha sufrido algunas modificaciones, por lo que atentos a ello, resulta práctico el hacer un breve

<sup>11</sup> González de la Vega, Francisco, Ob. Cit., Pág. 36

análisis de ésta en cuanto a sus diversas modificaciones a efecto de iría comprendiendo en forma adecuada a través de su evolución; en consecuencia, atentos a lo anterior y retomando las ideas de los autores Mariano Jiménez Huerta y<sup>12</sup> Francisco Pavón Vasconcelos,<sup>13</sup> la figura típica vista desde el punto de vista de la teoría de la acción, por la forma en que la conducta contradice la norma, se traduce como de omisión, la cual puede ser unisubsistente y plurisubsistente toda vez que la trasgresión a la norma podía integrarse por un sólo acto o bien por una diversidad de actos; en orden a su resultado, es formal, en virtud de que el tipo se agota simplemente con que el sujeto activo realice la conducta prevista en el mismo, sin que se precise la producción de un resultado material; de peligro, ya que para la consumación del delito no se requiere la alteración de la salud a través del efectivo contagio venéreo; por cuanto al sujeto activo, es propio, individual, exclusivo o de sujeto calificado toda vez que sólo puede ser activo, aquél que por una situación de la vida fisiológica esté contagiado con un mal venéreo; en cuanto al número de sujetos activos previstos en el tipo, es monosubjetivo. En orden al tipo es anormal por poseer el mismo además de un elemento descriptivo consistente en poner en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, posee un elemento de carácter subjetivo, caracterizando por el modo de estar del coeficiente psicológico del sujeto activo, enfocado en el sentido de que se sabe encontrarse afectado con un mal venéreo y que éste se encuentra en período infectante; es un tipo simple, toda vez que la estructura del tipo revela la protección a un sólo bien jurídico, esto es, la salud de las personas; es autónomo e independiente, en razón de que su existencia jurídica no depende de ningún otro tipo, vista a la figura desde el punto de vista de la antijuridicidad, para que se concretice ésta, basta que por medio de la relación sexual se exponga al peligro del contagio

---

<sup>12</sup> Ob.Cit. Pág. 246 a 248

<sup>13</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco y G. Vargas López, Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal, 1º. Ed., Edit. Porrúa, S.A., Pág. 182, 183 y 184

venéreo la salud de otro, transgrediéndose así el deber jurídico implícito en la norma consistente en abstenerse de poner en peligro de contagio. En lo tocante a la culpabilidad y retomando a la teoría causalista para efecto de ubicar al dolo o la culpa, en orden al elemento interno de susodicho elemento del delito, la figura delictiva por la mayoría de los autores entre los que se encuentran Mariano Jiménez Huerta y Francisco Pavón Vasconcelos, es considerada como dolosa, pues a ese respecto, el primero de los autores aludidos dijo:

*“Es intrascendente en su configuración típica que el agente se hubiere o no representado la posibilidad de producir el resultado y la actitud psicológica que hubiere asumido ante la representación; pues el que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante efectúa actos sexuales con otro, actúa con el tipo de culpabilidad-dolo de peligro- que antológicamente requiere la figura jurídica en examen, habida cuenta de que el sujeto activo conoce las circunstancias de hecho-subjetiva y objetivas- de la conducta que perpetra y es consciente de que engendra un peligro y, por ende, de que quebranta un deber”.*<sup>14</sup>

En lo tocante a la consecuencia jurídica del delito a cuyo análisis nos avocamos, creemos pertinente el apuntar que una parte ésta se perfilaba como una flagrante vulneración al artículo 23 Constitucional, al decir:

*“Será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio”.*

Pues ya a ese respecto Jiménez Huerta advertía que:

*“La imposición de la doble sanción cuando el contagio se producía, representaba una aberración jurídica conciliadora del principio de conjunción prevista en el concurso aparente de lágrimas, por la excluyente relación valorativa existente en dos tipos autónomos que, tutelan el mismo bien jurídico en instantes diversos de su lesión y que, el apotegma penal ne bis in idem, imposibilitaba a pesar de la letra taxativa del precepto, que pudiera ponerse dos veces una misma conducta antijurídica lesiva del mismo bien*

<sup>14</sup> Ob. Cit. Pág. 250 y 251

*jurídico, por lo que como dicho principio tenía rango constitucional, al imponer dos penas, una por peligro y otra por daño, implicaban una flagrante vulneración de garantías”.*

Continuando con la secuencia de ideas planteada, en lo tocante a la figura delictiva creada por el legislador del 40, en éste apartado sólo resta concluir que la misma se instituyó como un delito de peligro efectivo para reprimir las cópulas de aquellos enfermos venéreos que en forma negligente exponían al peligro de contagio la salud de otra persona.

### **1.3 En La Quincuagésima Primera Y Quincuagésima Octava Reformas, De La Ley Sustantiva Penal En Su Momento Aplicable Al Fuero Federal Y Al Fuero Común**

Por mucho tiempo el legislador dejó intacta la figura delictiva materia del análisis, sin embargo, en el año de 1990, en lo que se perfilaba como la quincuagésima primera reforma al Código Penal, en esa época de carácter Federal, a propuesta de la Cámara de Diputados y opacada por un mar de reformas a los delitos sexuales, se consideró oportuna su modificación, por lo que en la exposición de motivos de dichas reformas, en lo tocante a la figura que nos ocupa, se dijo:

*“Por otro lado, reconociendo la existencia de personas que de forma irresponsable tienen relaciones sexuales, sin importarles las enfermedades venéreas infectantes que poseen, se consideró preciso controlarlas a través de alternativas a la pena de prisión, propiciando que la Secretaría de Salud intervenga de inmediato con el fin de prevenir un cuadro epidémico”.*

*Siendo que, a la luz de lo expuesto, inicialmente en la propuesta, dicha figura decía: “Artículo 199 bis. El que sabiendo que está enfermo de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con tratamiento en libertad y 20 días de multa, sin perjuicio de la pena que corresponda, si se*

---

causa el contagio. El Ministerio Público deberá informar de inmediato a las autoridades, en los términos que establece la Ley General de Salud”.

Todo lo cual, denotaba que inicialmente se pretendía reformar la figura únicamente en lo tocante a la penalidad, pues de ella no se advertía una variación en cuanto a su estructura y alcances; sin embargo, en el dictamen en su primera lectura, al entrar al análisis particular de las modificaciones, se adujo que: “Por lo que hace al delito de peligro de contagio, esta comisión consideró conveniente revisar la estructura del tipo penal que se propone reformar en la iniciativa, pues ésta sugiere reducir su alcance al contagio de enfermedades venéreas por medio de relaciones sexuales. Para esta comisión resulta evidente que existan enfermedades tales como el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida que tienen períodos infectantes que pueden transmitirse por medios distintos a los de las relaciones sexuales, que ciertamente dan lugar a conductas peligrosas para el contagio. El delito que nos ocupa es necesariamente intencional, sin que para su configuración sea indispensable que se produzca el daño de contagio, en cuyo caso se trataría de un delito de lesión y no de peligro, que como su nombre lo indica, simplemente tutela la amenaza del bien jurídico protegido: la salud pública. En cuanto a la sanción, esta comisión consideró conveniente conservar la pena privativa de la libertad leve, para que el juzgador, a su prudente arbitrio, determine si el tratamiento curativo del sujeto activo se da en prisión o se administra en libertad o semilibertad. Asimismo se juzgó prudente ampliar a todo servidor público que por su encargo tenga conocimiento de estos casos, el deber de informar de inmediato a las autoridades correspondientes”.

Siendo que en orden a lo transcrito, la redacción del tipo, se perfilaba de la siguiente manera: “Artículo 199 bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. El servidor público

*que en virtud de su encargo tenga noticias del hecho, deberá dar aviso de inmediato a las autoridades sanitarias, en los términos a que hace referencia la Ley General de Salud. Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

En la segunda lectura del dictamen, esgrimiéndose los mismos argumentos que en la primera se modificó nuevamente el proyecto, quedando la redacción del tipo hasta ese momento, de la siguiente forma:

*“Artículo 199 bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

Reservado para discusión el proyecto que nos ocupa, abierto que fue el registro de oradores, se procedió a iniciar el debate, del que resulta interesante tenerlo en toda su extensión a efecto de conocer a fondo el criterio sustentado en lo tocante a la figura delictiva materia del estudio por quienes propiciaron la reforma al tipo materia del presente documento: *“El diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza: -Señor Presidente; compañeros diputados: He tenido a bien tomar el uso de la palabra para referirme al artículo 199-bis, que describe una situación que se iguala a lo que es la tentativa de lesiones o tentativa del delito de contagio venéreo. Realmente, a pesar de estar en la subcomisión que trató esto y que lo estudiamos conjuntamente con otros compañeros, hicimos oportunamente las indicaciones necesarias para que aquí el bien jurídico protegido fuera el contagio venéreo, que es el que frecuentemente se da en la sociedad mexicana. Sin embargo, no fuimos oídos en nuestra petición y se insistió en seguir reglamentando en la misma manera como lo hacía el código anterior, el peligro de contagio, es decir, el momento anterior al contagio y que no se*

da dicho contagio. Por lo tanto, esa conducta encuadra perfectamente en la tentativa de lesiones o si se reglamenta el delito de contagio venéreo, sería tentativa de contagio venéreo. Por otra parte, tenemos un agregado a este antiguo artículo del peligro del contagio venéreo y ese agregado peca de extremista o de ambicioso y generalmente, según lo manifiesta la comisión, se refieren a la famosa enfermedad del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, sin tomar en cuenta un peritaje médico o un dictamen de alguien conocedor de la materia, la comisión se aventura en realizar esta reglamentación y yo preguntaría a la comisión: ¿cómo haría para tipificar, en algún momento, el peligro de contagio venéreo, si una persona enferma de Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, todavía no se le detecta el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, sino al decir de algunos expertos, hasta los cinco años se hace este tipo de revelación de los síntomas?. ¿Cómo es posible que ya se instale en un artículo esta situación, preventiva a lo mejor o con muy buena intención, pero como con muy mala redacción y a pesar de insistirles en la comisión al respecto?. Con todo esto, vemos que si se tratara de la enfermedad del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, aquí hay un agregado en el artículo que dice: "Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión". Vamos a pensar que una persona enferma de Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida contagia a otro o a otra persona de la enfermedad, en ese caso se trataría hasta este momento, de un homicidio a largo plazo, una situación, una conducta fatal, de consecuencias inusitadas y tarde que temprano tendría que morir esa persona. ¿Cómo es posible que se le condene con seis meses a cinco años de prisión? Sería, en principio, alcanzaría fianza y enseguida, sería el medio más moderno de cometer el homicidio. Por lo tanto, es importante anotar o dejar asentado en el Diario de los Debates, este tipo de observaciones, ya que lamentablemente en la comisión no fui oído y espero el sentido común de los compañeros diputados para que pudiéramos reflexionar esto y al menos cuando nos pregunten por qué apoyamos o por qué aprobamos determinada ley, digamos que hubo

salvedades, siquiera para el bien de la misma Cámara de Diputados. El diputado Carlos Javier Vega Memije: -Ciudadano Presidente: honorable asamblea: Como integrante, como uno de los participantes en la comisión, que durante diversas jornadas tratamos de analizar los temas que aquí se están abordando sobre las reformas al Código Penal, voy a hacer referencia, tratando de ser muy preciso, para que todos los compañeros no tengan duda sobre lo que acaba de expresar el diputado que me antecedió en el uso de la palabra, sobre el artículo 199-bis. Este precepto en la doctrina, se dice que hay por los resultados del delito dos tipos y tenemos los delitos de peligro y precisamente los delitos de daño. Aquí lo que debe quedar muy claro para todos nosotros, es que estamos frente a un delito de peligro, es decir, ¿qué quiere decir, qué quiere señalar la ley con esto y la comisión poner a la consideración de todos ustedes? Ya decíamos que el Código Penal tiene como función intimidar, tiene como función tratar de que se lleve bien y se desenvuelva la persona en la sociedad: una manera es intimidando y aquí entra el delito, la tipificación de aquel que es, como en el caso del 199-bis, simplemente de peligro. Aquí se sanciona exclusivamente la intención, es un delito intencional. Por eso en el proyecto estamos comentando, no como erróneamente lo señala el diputado que me antecedió en el uso de la palabra, que se refiere a que es una tentativa de lesión. No, señores. Aquí, insistimos en la clasificación: delitos de peligro y delitos con daño o resultado material. Si se produce un daño o un daño material, entonces se sanciona con una pena más dura, más fuerte. Aquí únicamente lo que se pretende es señalar la intención de dañar y reglamentar ese posible daño. Es falso cuando él dice que "el bien protegido es el contagio venéreo". No es cierto, el bien protegido en este artículo es la salud pública. Por eso, si leemos actualmente el artículo 199-bis, estaremos señalando y desde su título lo observamos: "Capítulo II. Del peligro del contagio. El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, por medio de relaciones sexuales, será sancionado". Y viene aquí la sanción. Por eso es que ahora la comisión

propone a ustedes, ampliando el tipo: "El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad". Es decir, no solamente limitarlo como está en el actual. "Otra enfermedad grave en período infectante ponga en peligro de contagio". Aquí está: ¡peligro de contagio! "La salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible". Que es la segunda parte también que señala el diputado que nos antecedió en el uso de la palabra. No es que se requiera así, ni que estemos diciendo que ese otro medio necesariamente tendrá que ser el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y que no tenga aquí el juzgador un dictamen médico. El señala que cómo le haría la comisión para poder determinar esto. Nosotros no lo vamos a determinar esto. Nosotros no lo vamos a determinar, es obligación de nosotros pretender regular los diversos supuestos o hipótesis que se puedan presentar para que sea el juzgador, a su prudente arbitrio, el que lo determine. El dice que es irrisoria la sanción que se pone si la enfermedad padecida fuera incurable. El dice: "¿Cómo es posible que si es incurable se imponga de seis meses a cinco años de prisión?" Volvemos a insistir, aquí incurre en otro error, no estamos aquí en el supuesto de que el delito o el mal se produzca; aquí estamos ante un delito que está señalando simplemente este peligro, esa intención. Si el daño se produce, en el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida como él lo refirió, estamos en el supuesto de homicidio y si el sujeto activo lo hace a sabiendas, con conocimiento, como se señala aquí, puede ser un homicidio hasta con las agravantes y todos ustedes saben como se sanciona un homicidio calificado. Entonces, la comisión tiene que dar información muy clara a todos ustedes. No estamos ante un tipo que sancione un delito de resultado, estamos ante un tipo que sanciona o pretende sancionar, regular un delito de peligro, es decir, es con intención, la simple intención que tenga el sujeto activo de actuar está regulada por este artículo y eso es lo que se está sancionando. Si se produce ese daño, y es que tampoco por técnica legislativa puede quedar en este precepto, aquí están las reglas generales, deberá irse a las reglas de las lesiones y si el daño en el caso de la enfermedad padecida fuera

*incurable, estaríamos no en una tentativa, estaríamos en el delito de homicidio. Espero pues que haya quedado claro el comentario sobre el 199-bis, la diferencia entre un delito de peligro y el que produce un daño. Cuando se produzca daño estaremos ante una sanción más severa, éste es simplemente de intención y por ello someto a la consideración estos comentarios que hace la comisión sobre este artículo 199-bis...El diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza (desde su curul): -Señor diputado Vega Memije: ¿En el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, que está usted abordando, podría usted decirnos si cuando una persona infecta a otra o le transmite la enfermedad, como usted nos está diciendo, se trataría de un homicidio, sin que éste hubiera todavía muerto? El diputado Carlos Javier Vega Memije: -Estamos, repito, insisto, pretendemos en la comisión ser muy claros doctor Jiménez, si el sujeto es, a sabiendas de él, estamos tipificando un delito de peligro. Si después de darse todo el procedimiento, que no va a hacer la comisión, sino que se da todo el procedimiento, ve el prudente arbitrio judicial que se dan los supuestos del tipo y ya fue un padecimiento mortal, obvio que estaremos ante un homicidio, pero esto será después de toda la secuela judicial, la comisión no lo va a determinar. La comisión lo que les propone a todos ustedes, es simplemente regular, actualizar el tipo del 199-bis en cuanto a un delito de daño frente a otro de resultado, que es el caso que usted pone y el juez tendrá que ver cuál es la sanción, cuál es el delito de lesión que le produjo. Si es moral, obviamente, en nuestra opinión, estamos en el supuesto de homicidio... El diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza (desde su curul): -Señor diputado: Cuando hice mi intervención, me referí a que la comisión no se asesoró de peritos en la materia para hablar del contagio, es decir, en el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y que únicamente se llevó por los impulsos personales. Es decir, no se apoyó para legislar sobre la materia. A eso me refiero. El diputado Carlos Javier Vega Memije: -Falso, desafortunadamente para usted, doctor Jiménez. Aquí, con toda contundencia a la asamblea, les expresaré que comparecieron por iniciativa fundamentalmente de nuestras*

*compañeras diputadas los doctores en derecho: Ricardo Franco Guzmán, el procesalista Jesús Zamora Pierce, el doctor Moisés Moreno, la doctora Lima, y el Procurador Ignacio Morales Lechuga. No fue un trabajo sobre las rodillas: ¡Fue un trabajo que se estuvo haciendo con la intervención de muchos diputados y con el asesoramiento de expertos en la materia!...El diputado Juan Jaime Hernández (desde su curul): -Se le preguntó si en la comisión se asesoraron de peritos en la materia, esto es, de médicos, no de doctores en derecho. Le pregunto a usted, ¿asistieron médicos especializados en la materia de la enfermedad del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y del Herpes? El diputado Carlos Javier Vega Memije: - Señores diputados: La intención que tuvimos en la comisión, y fue el compromiso que hicimos con nuestras compañeras diputadas, es apoyarlas en un trabajo serio, técnicamente hablando. Yo entiendo que atrás de una Procuraduría General de la República o de una Procuraduría General del Distrito Federal, existen más de un médico, más de un experto que estuvo viendo todos estos asuntos. Yo no quisiera entrar en otro terreno, como tener que decirle a los comisionados del Partido Auténtico de la Revolución Mexicana que desafortunadamente no estuvieron más que en la primera reunión de esta comisión, quizá de 20 que llevamos a cabo, y que no pudieron estar atendiendo todas las personas que nos acompañaron. ¡No quisiera descender en este tipo de comentarios! Simplemente, en forma técnica le señalo que estuvo totalmente asesorada esta comisión para poder presentar a ustedes un trabajo serio, como se merece la asamblea.*

Por lo que a ese respecto, se dijo: "No obstante lo expuesto y las múltiples modificaciones y debates suscitados en la Cámara de Origen; pasado que fue el proyecto a la Cámara Revisora, se procedió a hacerle en ésta, modificaciones, quedando la redacción de la figura de la siguiente manera: "ARTICULO 199 bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta

*cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

Hechas las modificaciones al proyecto aludido, éste ya no sufrió cambio alguno, ya que en términos legales fue reformado por el Artículo Primero del Decreto del 22 veintidós de diciembre 1990 mil novecientos noventa, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 veintiuno de enero de 1991 mil novecientos noventa y uno, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

De lo transcrito, en lo tocante a la estructura de la figura delictiva materia del análisis, sólo puede concluirse que la misma únicamente fue modificada en cuanto a sus alcances y medios comisivos, pues de haber querido reprimir simplemente las cópulas imprudentes de los enfermos venéreos cuando el contagio no se daba, paso a reprimir el posible contagio de todo tipo de enfermedades graves en período infectante e incluso las incurables, por lo que en razón de lo escrito, la nominación típica de la figura delictiva materia del estudio, cambió, pues de haberse denominado “Del Peligro del Contagio Venéreo”, pasó a llamarse simplemente “Del Peligro del Contagio”.

Aunque a prima facie se advierte que en la quincuagésima octava reforma a la Ley Sustantiva Penal aplicable al Fuero Federal y Fuero Común en su momento, la figura delictiva materia del estudio, no sufrió reforma alguna; sin embargo, al ser considerada en el párrafo segundo del artículo 60 del citado Cuerpo de Ley, como punible a título de culpa, ello ha generado además de la diversidad de problemas jurídicos que tenía la figura inmersos, otros tantos de los que en orden con lo hasta aquí escrito, se puede concluir como base medular del presente estudio.

No obstante que el Código Penal Federal de 1931, creyó oportuno no incluir dentro de su articulado precepto alguno en lo tocante al contagio de enfermedades venéreas, obedeciendo a la lógica de considerar que la

transmisión de éstas o cualquiera otras, era constitutivo del delito de lesiones, ya sea que ésta se hubiere causado en forma dolosa o culposa así como que el intento de susodicho contagio concretizaba una tentativa de lesiones; sin embargo, en el año de 1940, el legislador tomando en consideración lo que advertía González de la Vega en sus apuntamientos de Derecho Penal, en el sentido de que a la estructura de susodicho cuerpo de ley, escapaban de represión las cópulas imprudentes de los averiados y de los gonorréicos, cuando el daño no se consumaba, ello en virtud de que las tentativas eran del grado de los delitos intencionales; creyó oportuno la instauración de una figura delictiva que reprimiere susodicho actuar culposo, toda vez que estas conductas escapaban de la represión de la Ley Penal. No obstante lo aludido como lo advertía el autor intelectual de la idea de la creación del tipo, aún y cuando en la exposición de motivos se tomó en cuenta su sugerencia; el legislador a través de la redacción que le dio al tipo instaurado, no logró su objetivo, que era el de crear en la figura en cuya redacción la base fuera una culpa de peligro, pues a ese respecto, la mayoría de los autores de Derecho Penal, al teorizar o hacer la reconstrucción dogmática de la figura delictiva que describe el delito del Peligro del Contagio, concluyeron en forma unánime, que por cuanto a su redacción sólo era posible hacer un proceso de adecuación típico doloso, siendo que a ese respecto Mariano Jiménez Huerta sostuvo que más desmeritaba que mejoraba, con lo cual se advertía que el legislador al tratar de plasmar su intención de lo que pretendía no lo había logrado; pero creemos que eso no es lo más grave del problema, sino que lo es el hecho de que en la quincuagésima primera reforma al citado cuerpo de ley, el legislador olvidando los motivos que se tuvieron para crear el tipo; durante los debates, dejándose llevar por lo que los autores del Derecho Penal aludían, afirmaron que se trataba de un delito doloso y se concretizaron a modificar la estructura únicamente para ampliar su alcance de protección, sin embargo, dichas afirmaciones hechas durante el debate, a la postre resultarían contradictorias con lo sustentado en la 58ª reforma, en que se adopta un sistema de

números cerrados en el párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal; se afirmó que el delito del Peligro, puede ser punible a título de culpa, aspecto este, que es contradictorio a lo sustentado con antelación y que además no da solución al problema de la estructura que presenta la figura en análisis, por lo que ante ello resulta interesante entrar al estudio a fondo del problema a efecto de establecer una posible solución al mismo.

#### 1.4 En La Creación Del Código Penal Para El Distrito Federal.

Ahora bien, no obstante que el registro del tema del presente documento se hizo en el año de 1997 mil novecientos noventa y siete, sin embargo, tomando en consideración que dicha figura delictiva fue modificada a través del decreto que dio origen a la creación del Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 17 diecisiete de septiembre de 1999 mil novecientos noventa y nueve, con entrada en vigor a partir del 1º primero de octubre del año referido, según el artículo transitorio único del decreto en cita; por ello creemos pertinente incluir en nuestro Capítulo I del trabajo que nos ocupa, con el único afán de ampliar el panorama del autor, a dicha reforma, en la que textualmente la figura delictiva denominada Del Peligro de Contagio, quedó inmersa en el Capítulo II, del Título Séptimo, del Libro Segundo, del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice: *“Artículo 199 bis. Al que sabiendo que padece una enfermedad grave en periodo infectante, y sin que la víctima u ofendido tenga conocimiento de esta circunstancia, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa hasta de cuarenta días multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”*.

Desprendiéndose de lo anterior, el hecho de que dicha modificación a la figura delictiva de la Legislación Penal de Fuero Común, Legislación que se deriva de la Federal, según se advierte del artículo primero del Decreto aludido tan sólo incluye dentro de su estructura a diferencia de la vigente en el ámbito Federal, el hecho de que el pasivo no tenga conocimiento de que el sujeto activo padece una enfermedad grave en período infectante como un elemento normativo de valoración jurídica, aspecto que en forma implícita se traduce en el consentimiento del pasivo y la cual resulta redundante, tomando en consideración que tanto en la Legislación Penal local para el Distrito Federal, como en la Penal Federal, dentro de su respectivo artículo 15 en su fracción III, establece como causa excluyente del delito al consentimiento del pasivo, ubicándose éste de igual forma como un negativo de la antijuridicidad, ya que a ese respecto, en sendos dispositivos se establece: Artículo 15 del Código Penal Federal, fracción II:

*“Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llene los siguientes requisitos: a).- Que el bien jurídico sea disponible; b).- Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo”.*

Artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, fracción III señala: *“Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos: a).- Que el bien jurídico sea disponible; b).- Que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y c).- Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del*

*bien o a quien esté legitimado para consentir, éstas hubiesen otorgado el consentimiento”.*

Consecuentemente, atentos a lo anterior, podemos concluir que la figura delictiva analizada, vigente en el Distrito Federal, comparada con la aplicable al ámbito Federal, únicamente varía por cuanto a que la primera en su estructura posee además de los elementos descriptivos y subjetivos, uno de carácter normativo; mientras que la segunda tan sólo posee elementos típicos de naturaleza descriptiva y subjetiva, sin embargo, una y otra no dan solución al problema planteado en el sentido de que atentos a su estructura típica, sea posible su comisión a título de culpa y en consecuencia punibles bajo esa circunstancia.

## **CAPITULO 2**

### **2.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS FIGURAS TIPICAS.**

#### **2.1 Preámbulo De Interpretación De La Ley**

**2.1.1 Influencia De Los Elementos Del Tipo En La Interpretación De La Ley**

#### **2.1.2 Elementos Del Tipo**

#### **2.2 Objetivo o Descriptivo.**

##### **2.2.1 Normativo**

##### **2.2.2 Subjetivo**

**2.3 Clasificación De Las Figuras Delictivas Por Su Estructura Típica y Por Su Contenido Delictivo.**

## 2.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS FIGURAS TÍPICAS

### 2.1 Preámbulo De Interpretación De La Ley

Sobre el tema de la interpretación de la ley, se ha dicho que reviste gran importancia, toda vez que a través de ella, se pretende desentrañar el verdadero sentido o espíritu de ésta, para efecto de llevarla a la aplicación de un hecho concreto, o bien, a la subsunción o cotejo de la vida real con la vida jurídica.

Sobre este punto, Giuseppe Bettioli ha escrito que el drama de la interpretación consiste en tratar de poner de acuerdo la norma penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular. Pues mientras el legislador procede por medio de tipificaciones abstractas, el juez tiene ante sí un caso particularizado, se trata de ver si el hecho concreto se adecua con todos sus detalles al caso legal abstracto; si existe conciencia entre lo previsto y lo acaecido.<sup>15</sup> Por su parte, Mariano Jiménez Huerta advierte que las figuras típicas en cuanto emanan de la ley, han de ser objeto de interpretación, lo cual significa que debe determinarse y precisarse el sentido de ésta.<sup>16</sup>

Sin embargo, en orden al tema que nos ocupa, la mayoría de los teóricos del Derecho, advierten la existencia de diversas clases de interpretación, las cuales se dividen por su origen o por los sujetos que la realizan en: privada y doctrinal, judicial o jurisdiccional y auténtica o legislativa; en tanto que atendiendo a los medios y métodos empleados en: gramatical y lógica o teleológica; y, por sus resultados en: declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

Respecto a la interpretación privada o doctrinal, Fernando Castellanos Tena, advierte que es la hecha por los estudiosos o doctos en la materia, sirviendo frecuentemente de guía a los juzgadores para normar su criterio; mientras que en lo tocante a la judicial o jurisdiccional, refiere que es la que

---

<sup>15</sup> Cfr. Giuseppe Bettioli, Derecho Penal, Parte General, Edit. Temis Bogotá, 4 edición, Pág. 96 y 97

<sup>16</sup> Idem Pág. 271 y 272

llevan a cabo los jueces y tribunales en su tarea de impartir justicia, la que generalmente se vale de una mezcla de interpretaciones, entre las que se encuentran la legislativa si la hay, así como la doctrinal e incluso su propio criterio, convirtiéndose de esa manera en una interpretación sui géneris.

Respecto a la auténtica o legislativa, sostiene que es la que emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta, la cual puede ser contextual o posterior, según se haga en el mismo texto legal o en otro expedido con posterioridad, es decir, a veces formula normas aclaratorias de otras en el mismo texto legal o en otro expedido después, o bien, en una ley diferente alusiva a la que se pretende desentrañar.

En lo tocante a la gramatical, consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al omitir el texto legal.

Mientras que la lógica, en forma correcta debe denominársele teleológica, es la que hace valiéndose de varios factores, entre los que se encuentran la ratio legis, el sistemático, el histórico, etcétera, a efecto de procurar descubrir la atmósfera en donde nació la ley.<sup>17</sup>

Por otra parte, en lo tocante a la declarativa, es aquella que se establece cuando las palabras usadas en el texto significan exactamente lo que su entendimiento idiomático.

En tanto que la extensiva, advierte que se traduce en tal si el intérprete concluye que las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley, pues éste descubre que es más amplio el ámbito de la disposición; es restrictiva cuando según el intérprete, las palabras empleadas en la ley expresan más de lo que significan y, es progresiva cuando se atiende a elementos cambiantes de cultura, de costumbre y de medio social comprendido en la ley o supuestos por ella y evoluciona de acuerdo con esos factores, aún cuando la redacción del precepto permanezca inalterado.

---

<sup>17</sup>Cfr. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Trigésima Edición, Editorial Porrúa, S.A., Pág. 85 a 90

Sobre esta misma clasificación y contenido, se producen Luis Jiménez de Asúa y Giuseppe Bettiol sin embargo, el primero de los citados, en forma relevante refiere que con la interpretación el juez ha de valerse armónicamente del medio gramatical y del teleológico.<sup>18</sup>

Sobre el punto de las diversas clases de interpretación, Jiménez Huerta, sostiene que si bien se alude a diversas clases de ésta, en la dinámica interpretativa todas se funden en un haz, por lo que más que hablarse de diversas clases de interpretación, debe subrayarse la variedad de los elementos instrumentales de que ha de valerse el intérprete para posteriormente valorarlos en su conjunto, sin dejarse impresionar por uno sólo, pues dichos elementos que confluyen en la interpretación son: a) El sintáctico, consistente en las palabras que expresan los conceptos. b) el lógico, caracterizado por los conceptos que brotan del encadenamiento y relación de las palabras; c) el histórico guiado por los motivos a la sazón determinantes de la creación de la ley y que posteriormente fundamentan también la razón de la misma; y d) el sistemático regido por la concatenación del texto de ley que se interpreta con los demás preceptos que integran la plenitud del ordenamiento vigente, llegando así a un resultado que se traduce en la interpretación de las figuras típicas, el cual en múltiples ocasiones, se disocia del sentido que tienen los conceptos conforme a otras disciplinas jurídicas, adquiriendo así penalísticamente una autonomía típica que fractura el universo jurídico.<sup>19</sup>

### 2.1.1 Influencia De Los Elementos Del Tipo En La Interpretación De La Ley

Sobre el particular de este aspecto autores como Mariano Jiménez Huerta, han sostenido que los elementos descriptivos de las figuras típicas, deben entenderse en el sentido sintáctico y lógico que tienen en la vida de relación, sin retorcimientos o distorsionamientos que alteren su pristino signo,

---

<sup>18</sup> Cfr. Idem Pág. 112

curso o alcance natural, sin embargo, en lo referente a los elementos normativos y subjetivos que éstas pueden poseer, resulta más complejo su esclarecimiento, ya que en lo tocante al primero de los enunciados, los conceptos culturales y jurídicos no son monolíticos hechos o fenómenos del mundo natural esculpidos en mármoles eternos, sino que, revisten algunas veces, ese variable y opinable sentido que lo valorativo tuvo en el ayer, tiene en el hoy y tendrá en el mañana; mientras por lo que hace al segundo de los indicados, ha de esclarecerse en forma clara e inequívoca, las tendencias, intenciones o fines amadrigados en el actuar del sujeto activo.<sup>20</sup>

Por otra parte, continuando con la secuencia de ideas planteada por el aludido autor, el mismo nos dice que el bien jurídico tutelado en el tipo, asume la eminente función de ser el faro que alumbra con luz penetrante su alcance y sentido, por lo que es necesario hacer una consideración específica, sobre la forma y el sentido, así como el perfil y el contorno en que el bien jurídico es tutelado en cada estructura típica.

Sentadas las bases sobre la interpretación de la ley, sólo resta indicar que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, esta ha de tener sus raíces en la exacta adecuación de la conducta al tipo, pues a ese respecto, el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional advierte que: *“En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*.

Dispositivo del cual se concluye que la analogía y la mayoría de razón como procedimientos para descubrir el Derecho aplicable a un concreto caso no previsto en la ley, están prohibidas por nuestro ordenamiento legal, pues entre el hecho acreditado y la figura típica, debe haber una exacta correspondencia a efecto de no vulnerar derechos públicos subjetivos de los gobernados.

---

<sup>19</sup> Cfr Idem, Pág. 270 a 293

<sup>20</sup> Cfr. Idem, Pág. 271 a 277

### 2.1.2 Elementos Del Tipo

Previo a entrar al estudio de los elementos que conforman la figura típica, necesario resulta el establecer *¿qué es el tipo?*; pues sentadas las bases de que en materia penal no se puede imponer pena alguna por simple analogía o aún más, por mayoría de razón; resulta indispensable apuntar que es a través de éste como expresión conceptual moderna del derecho punitivo y equivalente técnico del apotegma *nullum crimen sine lege*, en que el legislador describe en forma concreta en qué se hace consistir la conducta antijurídica relevante para la Ley Penal.

Acerca del tipo, Fernando Castellanos Tena nos proporciona una idea en cuanto dice: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".<sup>21</sup> Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos señala: "Es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".<sup>22</sup> Mientras que, César Augusto Osorio y Nieto refiere: "Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales".<sup>23</sup>

De lo anterior podemos concluir que el tipo es la descripción legal y abstracta hecha por el legislador sobre la conducta antijurídica, mismo que ministra las bases fundamentales para la estructuración del concepto del delito.

Ya Jiménez Huerta ha escrito que lo que modela la forma e integra los elementos de la figura típica es la sencillez o complejidad de la conducta antijurídica que se pretende describir, toda vez que no existe una técnica legislativa única para tipificar penalmente conductas antijurídicas, pues

---

<sup>21</sup> Ob.Cit. Pág. 165

<sup>22</sup> Idem Pág. 28

<sup>23</sup> Osorio y Nieto, César Augusto, Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Editorial Trillas, México 1984, Pág. 57

forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo, la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir, pues es diversa la estructura del tipo delictivo cuando en él se describe un comportamiento o se recoge un resultado material tangible, que cuando se tipifican conductas normadas por la especial situación anímica en que se halla el sujeto que actúa o por una expresa referencia a su valoración, pues el más somero examen de las conductas tipificadas en su Código Punitivo o en una ley especial, pone de relieve que en la configuración de las mismas entran en juego elementos de alcance diverso, unas veces dicho comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado mediante una mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada, otras mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta y otras diversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.<sup>24</sup> Retomando la idea del autor aludido, sólo podemos concluir que el tipo en su estructura puede poseer, elementos descriptivos, normativos y /o subjetivos.

Sobre el particular de los elementos que nos ocupan, el reformado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, son congruentes y claros en cuanto en forma expresa advertían en su párrafo primero que: *"Dichos elementos son los siguientes:*

*I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido. II.- La forma de intervención. III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea". Sin embargo, no obstante lo preceptuado en sendos dispositivos*

---

reformados, es menester el aclarar que los elementos apuntados por los numerales invocados, algunos se subsumen en los descriptivos, otros en los normativos y algunos más en los subjetivos; por lo que atentos a ello, al analizarlos por separado, haremos referencia a su calidad y al lugar en que han de ubicarse desde el punto de vista doctrinario.

## 2.2 Objetivo o Descriptivo

Respecto a los descriptivos podemos decir que son todos aquellos caracteres contemplados o de los que se vale el legislador al confeccionar una figura delictiva, para objetivar en forma máxima y posible la conducta antijurídica, encontrándose entre ellos en primer plano, la existencia de la correspondiente acción u omisión, consistente la primera en un hacer, en una actividad voluntaria manifestada mediante movimientos corporales, en tanto la segunda como una forma de la conducta negativa, esto es, inacción e inactividad voluntaria violatoria del deber de obrar consignado en una norma penal; así mismo, dentro de este apartado, se ubica al bien jurídico tutelado, respecto al cual Maurach advierte que: "constituye el núcleo de la norma y el tipo" y "que todo delito amenaza a un bien jurídico".<sup>25</sup>

Por su parte, Fernando Castellanos Tena dice: "es aquél interés protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan".<sup>26</sup>

En tanto Francisco Pavón Vasconcelos establece: "es aquél interés tutelado a través de la ley mediante la amenaza de la sanción".<sup>27</sup>

De lo apuntado, deducimos que el bien jurídico tutelado es aquél interés relevante para la sociedad el cual se encuentra protegido por el Derecho mediante la creación de una figura típica y el cual en la comisión de un evento delictivo puede ser puesto en peligro o bien lesionarse el mismo.

---

<sup>24</sup> Cfr. Idem Pág. 75, 76 y 77

<sup>25</sup> Ob.Cit. Tratado I, Pág. 253

<sup>26</sup> Ob. Cit. Pág. 152

<sup>27</sup> Ob. Cit. Pág. 162 y 163

Dentro de la estructura de los elementos descriptivos así mismo encontramos al sujeto pasivo, respecto al cual autores como César Augusto Osorio y Nieto, lo conceptúan como: "el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien reciente directamente los efectos del delito".<sup>28</sup>

Por su parte Fernando Castellanos Tena nos dice: "es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma".<sup>29</sup>

En tanto Eugenio Cuello Calón refiere: "es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito".<sup>30</sup>

Sin embargo, no obstante lo expuesto, es dable advertir que no siempre el sujeto pasivo recae en una persona física, pues en algunas ocasiones éste se subsume en una persona moral, en el Estado o bien en la sociedad.

En el apartado que nos ocupa, también se encuentra presente el sujeto activo del delito, respecto al cual Raúl Carranca y Trujillo dice: "es quien lo comete o participa en su ejecución", advirtiendo que el que lo comete es activo primario, en tanto que el que participa es activo secundario".<sup>31</sup>

Por su parte Carlos Franco Sodi apunta: "es la persona que ejecuta un acto ilícito penal".<sup>32</sup>

Mientras Jiménez de Asúa refiere: "es autor el que obra como dueño de la acción y, por tanto como ejecutor principal directo de ella".<sup>33</sup>

Por su parte, Maurach sostiene: "cuando las figuras de la parte especial del Código Penal tipifican determinadas acciones y las enlaza a un

<sup>28</sup> Osorio y Nieto, César Augusto, Ob. Cit. Pág. 56

<sup>29</sup> Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. Pág. 151

<sup>30</sup> Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 9ª. Ed., Editorial Nacional, México 1951, Pág. 290

<sup>31</sup> Idem 18 Pág. 249

<sup>32</sup> Franco Sodi, Carlos, Nociones de Derecho Penal (Parte General), México. 1940, Pág. 64

<sup>33</sup> Idem 8 Pág. 251

efecto penal, la amenaza punitiva se dirige al que cumpla el tipo respectivo; al autor que realiza la acción injusta tipificada.<sup>34</sup>

De lo anterior, se llega a la convicción de que, es sujeto activo del delito, la persona física que incurrió en la comisión de la conducta delictiva, o bien, aquella que, realizó el verbo típico previsto en la figura delictiva; sobre el particular de quien realiza la conducta, habremos de decir que, al igual que quien la reciente, en ocasiones en la estructura del tipo, al hacerse referencia a los mismos, se hacen consideraciones especiales sobre cierta calidad o características que habrán de reunir para la concretización del tipo, las cuales pueden ser jurídicas o bien naturales; sobre esa consideración, se producen Florian, Grispigni, Carnelutti, Manzini, Allegra, Antolisei, Battaglini, así como Jiménez de Asúa y sobre este punto Mariano Jiménez Huerta nos dice que son calidades naturales aquellas que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica, en tanto que son jurídicas aquellas que presuponen una situación social creada por el Derecho; destacando en forma relevante el hecho de que en ocasiones dicha calidad del sujeto activo es lo que nutre la esencia propia del tipo.<sup>35</sup>

Continuando con la secuencia de ideas planteada, necesario resulta el advertir que en el Derecho positivo la existencia del sujeto activo primario, además de encontrarse previsto en la figura típica, en cuanto pueda decir Al que prive, Al que infiera, etcétera, está determinado en la fracción II del artículo 13 del Código Penal Federal, dispositivo amplificador que además hace alusión a diversas formas de notoria autoría y participación, mismas a las que la fracción II del reformado artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el reformado artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, consideraban como elementos del tipo, en cuanto respectivamente en sus fracciones decían: "II.- La forma de intervención de los sujetos activos".

---

<sup>34</sup> Tratado, II, Pág. 299

<sup>35</sup> Idem 1 Pág. 101, 102 y 103

Sobre este punto, cabe advertir que dichas formas de participación se encuentran determinadas en forma expresa en el dispositivo sustantivo enunciado, al reconocer en su fracción I el autor intelectual, en tanto en su fracción II el autor material, mientras en la fracción III a los coparticipes, para perfilar su fracción IV en lo conocido en la teoría como autoría mediata, siendo que en la fracción II habremos de dilucidar el actuar por retribución dada o prometida, para posteriormente advertir en su fracción VI a los auxiliares, estableciendo en su fracción VII al auxiliar subsecuente y concluyendo la enumeración en su fracción VIII, con lo conocido en la teoría como la participación correspectiva.

En la estructura descriptiva del tipo, otro de los conceptos que se encuentran amadrigados, es el del objeto material, respecto al cual Eugenio Cuello Calón lo define como: "la persona o cosa sobre la que recae el delito".<sup>36</sup>

En tanto Francisco Pavón Vasconcelos nos dice: "es la persona o cosa dañada que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva".<sup>37</sup>

Sobre este punto, sólo resta decir que en algunas ocasiones el objeto jurídico y el objeto material encuentran su existencia en la misma persona o cosa, tal acontece por ejemplo en el delito de robo, en el que el bien jurídico tutelado es el patrimonio, en tanto que el objeto lo es el bien mueble que constituye parte del patrimonio.

En la mayoría de los tipos delictivos se hace un especial alarde a un resultado y a la relación de éste con la conducta ejecutada por el sujeto activo, lo que ha dado en llamarse el nexo causal; sobre el primero de susodichos aspectos, Binding considera que integra la noción de resultado, los cambios humanos jurídicamente trascendentes.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Ob.Cit. 31. Pág. 292

<sup>37</sup> Idem 14 Pág. 163

<sup>38</sup> Binding, Normen und ihre Verber tretong, 1877, vol. II, Pág. 257

Liepmann expresa que: el resultado es el mandamiento que lógicamente corresponde en sus presupuestos y en sus consecuencias a un determinado y concreto delito.<sup>39</sup>

Freudenthal afirma que el resultado es aquél efecto de la acción delictuosa que forma parte del contenido del delito; y<sup>40</sup>

Mezger nos dice: "el resultado lo integran la totalidad de los efectos que produce en el mundo exterior el acto de voluntad que es base de la acción;<sup>41</sup>

Al respecto Hippel advierte que, la relevancia jurídico penal de su resultado, estriba en sólo aquella modificación que pertenece a una figura delictiva.<sup>42</sup>

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos nos dice: "En su más amplia concepción, el resultado consiste en la acción u omisión humanas que casualmente produce en el mundo físico un conjunto de efectos naturales, esto es, la modificación que en el mundo externo al agente tiene lugar como conservancia de la expresión positiva (acción) o negativa (omisión) de su voluntad.<sup>43</sup>

Por otra parte, en lo tocante al concepto de resultado, los teóricos alemanes, han distinguido el concepto de resultado jurídico (como concepción formal) y resultado material (como concepción material) y sobre el particular del primero de los conceptos, Porte Petit lo considera como una mutación o cambio en el mundo jurídico o inmaterial.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup>Liepmann, *Enleitung in des Strafrecht*, 1900, p. 83

<sup>40</sup>Freudenthal, *Die Begegnungs delikte*, 1900, p. 31

<sup>41</sup>Tratado, I, p. 179

<sup>42</sup>Hippell, *Lehrbuch*, párrafo 28, IV, I

<sup>43</sup>Idem 14 Pág. 9

<sup>44</sup>Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, I, p. 186, México, 1960

Sobre el nexo causal, como elemento del tipo, habremos de decir que es un vínculo lógico existente entre la conducta y el resultado y, sobre el particular Luis Jiménez de Asúa, al hablar de la teoría correcta en orden al tema que nos ocupa, nos dice que es la de la equivalencia de las condiciones también denominada doctrina de la condición o de la *condictio sine qua non*, en la que a rasgos genéricos se proclama, que es: mediante una operación mental en que si suprime la conducta se suprime el resultado, entonces habremos de concluir que existe un vínculo causal entre uno y otro conceptos.

En ocasiones, la figura delictiva, al configurar su aspecto descriptivo, hace un especial alarde a los medios de comisión o a la existencia de las referencias temporales, especial o de ocasión, ello a efecto de captar el contorno antijurídico de la conducta que describe, tal acontecer en el primero de los casos, en que para estructurar el delito de violación, se hace alarde al medio del cual ha de valerse el sujeto activo para lograr la cópula, el cual puede ser o bien la violencia física o la moral, aspecto éste en que recae la ratio del injusto. Sobre el segundo de los aspectos mencionados, esto es, el de las referencias, basta observar el delito de adulterio, para apreciar que en una de sus hipótesis, es la referencia especial (en el lecho conyugal) la que ministra la antijuridicidad penal la conducta descrita en el tipo traducida en esa relación extramarital; aspecto éste de las referencias que también acontece en el delito de estupro, en el que el creador de la ley al definir a la conducta prevista en el injusto y a efecto de esclarecer ésta, hace un especial alarde a la calidad del sujeto pasivo y a la referencia temporal de que la mujer ha de ser menor de dieciocho años de edad.

De lo puntualizado hasta este momento, concluimos que el aspecto descriptivo del tipo se caracteriza porque todos sus conceptos son perceptibles fácilmente por los sentidos del intérprete de la ley, sin que éste tenga que entrar a un aspecto de valoración subjetiva al analizar el delito o bien, a una especial valoración sobre los aspectos culturales o legales que rodeaban el desarrollo del evento delictivo.

Sentadas las bases sobre los elementos típicos que pueda contener el tipo, se advierte que en orden al figura delictiva que nos ocupa tenemos que:

En lo tocante a la figura delictiva afecta al presente estudio, necesario resulta destacar que por cuanto al contenido de sus elementos descriptivos que la componen, habremos de abordarlos en el orden cronológico a que se hizo referencia con antelación, de ahí que en lo referente al sujeto activo primario quien al efecto es el que lleva a cabo el verbo típico de la acción, se advierte que el mismo se encuentra ayuno de cualquier calidad de índole jurídica o natural, en cuanto que a ese respecto el verbo típico de la acción solo alude "al que ponga en peligro", pero sin que de manera alguna precise calidad alguna en el sujeto, por lo que bajo esa tesitura se advierte que cualquier persona imputable para el Derecho Penal, puede ser agente del evento en el ilícito que nos ocupa, debiendo destacarse asimismo en el presente apartado, que incluso en lo referente al modelo amplificador previsto en el artículo 13 del Catálogo de las Figuras Delictivas de aplicación Federal, las formas de participación y autoría previstas en dicho dispositivo de índole sustantivo, dependiendo del hecho en concreto, son aplicables, ya que la estructura o configuración del tipo afecta a la tesis, no impide tal aspecto.

Ahora bien, en lo referente al diverso elemento descriptivo afecto a la figura delictiva materia de análisis, tocante al pasivo o paciente del evento, se advierte que al igual que ocurre en el agente del evento, tocante a tal aspecto, ésta no precisa de que quien reciente la conducta delictiva requiera de alguna calidad derivada de alguna situación de índole natural o jurídica, dado que el único presupuesto que se requiere para ser pasivo en la figura delictiva es el tocante a que ésta o éste no se encuentre infectado de un mal venéreo o otra enfermedad grave en período infectante.

Tocante al aspecto del bien jurídico tutelado, como ya se apuntó con antelación en el cuerpo de la presente tesis ésta radica fundamentalmente en la salud de las personas, mismo que para que pueda ser lesionado a través de la conducta del agente delictivo solo se precisa que quien reciente la

conducta no se encuentre infectado de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante que posea el agente del evento.

Por otra parte, sobre el aspecto descriptivo del tipo relativo al resultado, por el momento sólo precisa advertirse que este se refiere a un aspecto meramente formal en que para que se de la lesión al bien jurídico y se transgreda el deber jurídico implícito en la norma, sólo se precisa se ponga en peligro de contagio la salud de las personas.

### 2.2.1 Normativo

Ya Mariano Jiménez Huerta, en su libro de introducción al estudio de las figuras típicas, ha escrito que en la contemplación de éstas, las cosas no siempre discurren con tanta sencillez. Acaece muchas veces que en la estructura del tipo, están presentes otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Es ella, a menudo debido a exigencias de técnica legislativa, pues en ocasiones para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción, elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración en orden a la conciencia de la comunidad, sobre la ilicitud de la conducta tipificada.<sup>45</sup>

A ese respecto, Liszt hizo notar que el motivo por el cual el legislador incluye las características de ilegalidad en ciertos delitos, radica en que la delimitación entre los casos ilegales y legales ofrece una especial dificultad.<sup>46</sup>

Por su parte Mezger, Maggiore y Bettiol consideran que los elementos normativos son una indicación hecha al juez para que examine con especial cuidado si existe una posible causa de inclusión del injusto, autores de los que, el último de los mencionados nos dice que, dichos elementos son aquellos que exigen una valoración jurídica o cultural, caracterizándose los

---

<sup>45</sup> Cfr. Ob.Cit. Pág. 82 y 83

<sup>46</sup> Cfr. Ob.Cit. Tratado, II, p. 327

primeros por qué exigen una valoración jurídica en sentido contrario al derecho; en tanto los segundos implican un proceso valorativo que ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del Derecho.<sup>47</sup>

Sobre el particular, Jiménez Huerta nos dice que: "los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuridicidad halla su fundamento", pues "Existen conductas que la técnica legislativa no puede fácilmente modelar sin hacer referencia a un elemento normativo, ya que normalmente son conductas lícitas y sólo por excepción, cuando son realizadas injusta o ilícitamente, adquieren relevancia penal";<sup>48</sup> y que "los elementos normativos incrustados en el tipo son una llamada de atención al juez penal; se le advierte que de una manera especial debe afirmar concretamente la antijuridicidad de la conducta, pues debido a esa valoración normativa, un hecho puede pasar siendo idéntico al comportamiento material del hecho aparentalmente lícito al hecho esencialmente ilícito".<sup>49</sup>

De lo expuesto concluimos que la inclusión del elemento normativo dentro de la estructura del tipo, obedece a cuestiones de técnica legislativa, mediante los cuales se afirma en forma concreta la antijuridicidad específica de la conducta; sin embargo, como advierte Jiménez Huerta haciendo alarde de lo que afirma Bauman: "quizá Bauman esté en lo cierto en cuanto observa que el deslinde entre las características descriptivas y normativas es fluctuante, también la característica normativa contiene una cierta descripción y también la característica descriptiva no es siempre descriptiva".<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Cfr. Ob.Cit. Tratado, I, p. 320

<sup>48</sup> Ob.Cit. 1 Pág. 86

<sup>49</sup> Idem Pág. 86

<sup>50</sup> Idem Pág. 86

Por su parte el Derecho positivo, tan sólo se limita a reconocerlos como un elemento que el tipo puede poseer, pues a ese respecto el párrafo segundo de la fracción III de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en forma textual dicen: "Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:... f) los elementos normativos".

Ahora bien en lo referente al elemento normativo, sólo se advierte que el contenido de la figura típica material del análisis no cuenta con el mismo, en la figura típica que se analiza no se advierte que cuente con aspectos que deban ser valorados desde el punto de vista cultural o jurídico para poder concluirse la presencia de dichos elementos en la composición o en contenido del tipo denominado del peligro de contagio.

### 2.2.2 Subjetivo

Sentadas las bases sobre el aspecto de que las figuras típicas en su estructura pueden poseer elementos descriptivos u objetivos, normativos y subjetivos, ahora cúmplenos trastocar lo concerniente al último de los enunciados.

Acerca de tal aspecto Mariano Jiménez Huerta ha dicho que: "Como quiera que el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces también por razones técnicas, una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia, para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo. Así, por ejemplo, no cualquier tocamiento, palpación o manoseo constituye la *ejecución del acto erótico-sexual* a que

hace referencia el artículo 260 del Código Penal, sino sólo aquellos que están presididos por una intención lasciva. Hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica; sin embargo, dicha conducta antijurídica no adquiere relevancia típica, conforme a lo dispuesto en el artículo 246, fracción VII, sino cuando el sujeto activo del delito hiciera uso a *sabiendas* del documento... Ante la insuficiencia de un método estrictamente objetivo o neutro de descripción típica, emplease en estos casos un sistema diverso, en el que las circunstancias anímicas en que el sujeto actúa son tenidas en cuenta, expresa o tácitamente, por el legislador, para subrayar la exclusiva aplicación de la figura típica a los actos u omisiones de índole intencional. En todos estos casos, el elemento subjetivo radica en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas. Otras veces, el elemento subjetivo radica en un determinado deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta. La importancia de los elementos típicos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego con base en la "imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional", a que hace mención el párrafo *in fine* del artículo 8 del Código punitivo".<sup>51</sup>

Por su parte el citado autor, invocando a Ricardo C. Núñez en su obra los elementos subjetivos refiere que: "La combinación de las acciones externas de los hombres con sus procesos psicológicos –dice certeramente Ricardo C. Núñez-, resulta a veces de verdadero interés para el legislador penal. Hechos que objetivamente no interesan al Derecho Penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia del autor. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en

---

<sup>51</sup> Ibidem Pág. 89 y 90.

forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que, desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acaecer de la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas pende de la *tendencia interna trascendente* o del estado de conciencia del autor, y en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal. Imperativos de técnica legislativa brindan fundamento a los elementos subjetivos que contienen los tipos penales, pues el método *objetivo* de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya exclusiva significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia que yace en su autor”.

De lo expuesto, podemos concluir que la inclusión de los elementos subjetivos en la estructura de una figura delictiva, obedece a cuestiones técnicas de índole legislativa, en las que el creador de la ley a efecto de delimitar en forma específica en que han de consistir algunos de los aspectos de la ilicitud de una conducta, incluye en el tipo el elemento subjetivo en el que se matiza el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas, o de un determinado deseo, ánimo o intención que el activo enmarca a su comportamiento, elemento que además sirve para excluir las configuraciones de los comportamientos culposos.

Aunado a lo anterior, contamos con el hecho de que tanto la redacción anterior como la actual de los artículos 168 del Código de Procedimientos Penales como el 122 del Cuerpo de Ley Adjetivo para el Distrito Federal, en su contenido reconocen la existencia o el contenido de las figuras típicas en orden a los elementos descriptivos, subjetivos y normativos según las necesidades de la técnica legislativa para establecer o describir en forma concreta el actuar antijurídico de los gobernados relevante para el Derecho Penal.

Por otra parte en lo referente al elemento subjetivo previsto en la figura delictiva, se destaca que el mismo radica esencialmente en el "conocimiento" que acerca de que se sabe que se está enfermo de un mal venéreo no otra enfermedad grave en período infectante. "El que a sabiendas de que se está enfermo de un mal venéreo no otra enfermedad grave en período infectante"; aspecto de que se desprende que el mismo sólo se refiere a un simple conocimiento de que se está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ya que al efecto en el tipo se precisa "El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante"; aspecto del que se desprende que sólo se refiere a un simple conocimiento de que se está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad en período infectante.

### 2.3 Clasificación De Las Figuras Delictivas Por Su Estructura Típica y Por Su Contenido Delictivo

Semánticamente clasificar significa ordenar por clases, por lo que en atención a ello las figuras delictivas en atención a la doctrina se han clasificado en atención a algunas de sus características, esto es, en función de su gravedad, según la forma de la conducta del agente, por su resultado, por el daño que causan, por su duración, por el elemento interno o culpabilidad, por su estructura o composición, por el número de actos integrantes de la acción típica, por la cantidad de sujetos que intervienen, por la forma de su persecución, por la materia y por su clasificación legal.

Al respecto Fernando Castellanos Tena, en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal ha dicho:

"1.- EN FUNCION DE SU GRAVEDAD. Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Según una división bipartita se distinguen los *delitos* de las *faltas*; la clasificación tripartita habla de *crímenes*, *delitos* y *faltas o contravenciones*. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los

derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

En México carecen de importancia estas distinciones, porque los Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes; la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.<sup>52</sup>

2.- SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE. Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de *acción* y de *comisión*. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; de ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva un resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consistente en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para el mismo Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de *simple omisión* y de *comisión por omisión*, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de *simple omisión*, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma; tal es el caso previsto en el artículo 400, fracción IV, de nuestro Código Penal, que impone a todos la obligación positiva de

---

<sup>52</sup> Ob. Cit. 18 Pág. 135 a 146

auxiliar a las autoridades para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.

Los delitos de *comisión por omisión*, o impropios delitos omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer. Como ejemplo del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva.

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

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

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

4.- **POR EL DAÑO QUE CAUSAN.** Con relación al daño resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de *lesión* y de *peligro*. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

5.- **POR SU DURACIÓN.** Los delitos se dividen en *instantáneos*, *instantáneos con efectos permanentes*, *continuados* y *permanentes*.

Nuestra Ley Penal reformada (según Decreto publicado el 13 de enero de 1984), en su artículo 7 sólo alude a tres especies de delitos en función de su duración: *instantáneo*, *permanente* o *continuo* y *continuado*.

*Instantáneo.* La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo —dice Soler—, no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria". El delito instantáneo puede realizar mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, sin con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo.

Actualmente la fracción I del artículo 7 lo define así: "Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos."

*Instantáneo con efectos permanentes.* Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un sólo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. En el homicidio, por ejemplo, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la

vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; en las lesiones, el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un determinado tiempo.

*Continuado.* En este delito se dan *varias acciones y una sola lesión jurídica*. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Con razón para Carrara la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción. Se dice que el delito continuado consiste: 1°. Unidad de resolución; 2°. Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y, 3°. Unidad de lesión jurídica. Como ejemplo puede citarse el caso del sujeto que decide robar veinte botellas de vino, más para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

Según Alimena, en el delito continuado "las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola", mientras para Soler sostiene que este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

Nuestro Código Penal no hacía referencia al delito *continuado*; ahora con las reformas de 1984 lo define en la fracción III del artículo 7 al expresar: "Continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

*Permanente.* Sebastián Soler lo define en los términos siguientes: "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la puede prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos." Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de

efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el rapto, el plagio, etc.

Actualmente la ley después de identificar al permanente con el continuo, menciona que existe cuando la consumación se prolonga en el tiempo (artículo 7, fracción III).

Alimena, con fines exclusivamente didácticos, expresa que el delito instantáneo, es instantáneo en la conciencia e instantáneo en la ejecución; el continuado es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución y, el permanente, es continuado en la conciencia y continuado en la ejecución. El mismo tratadista expresa que el delito instantáneo puede representarse gráficamente por un punto (.); el continuado con una sucesión de puntos (...); y, el permanente, con una raya horizontal (-). Para Soler el elemento acción puede presentar tres aspectos diversos con relación al tiempo: a) Desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y entonces se está en presencia del delito instantáneo, como en el homicidio; b) Desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose en ello el delito permanente, como en el rapto; y, finalmente, c) Consistir en una serie discontinua de acciones parciales que mutuamente se integran, formando entre todas una sóla agresión de conjunto al Derecho y, eso sucede en el continuado.

Porte Petit enumera como elementos de delito permanente: a) una conducta o hecho; y, b) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos, a saber: a') un momento inicial identificado con la compresión del bien jurídico protegido por la ley; b') un momento intermedio, que va desde la compresión del bien jurídico hasta antes de la creación del estado antijurídico; y, c') un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico.

Algunos autores encuentran en el delito permanente dos frases: la primera, la naturaleza activa, consiste en la realización del hecho previsto por la ley; la segunda, de naturaleza omisiva, es el no hacer del agente, con lo que impide la cesación de la compresión del bien jurídico. Contra este criterio se pronuncia Antolisei al negar la existencia de tales fases. Para él de esos dos momentos sólo uno de ellos es trascendente, o sea precisamente aquel que va de acuerdo con la conducta por el tipo descrita.

Para nosotros es de especial interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

Dada la importancia de estas distinciones, se insistirá sobre ellas en el tema relativo al concurso de delitos. De la diferenciación dependerá la solución de problemas tan importantes como determinar el momento en que debe empezar a contarse la descripción e igualmente para resolver las cuestiones sobre participación, legítima defensa, etc.

6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD. Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en *dolosos* y *culposos*. Algunos autores y legisladores agregan los llamados *preterintencionales*.

De conformidad con el Código Penal del Distrito, los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales (Art. 8).

Del dolo, de la culpa y de la preteintencionalidad se hablará al haer el estudio de la culpabilidad. Por ahora sólo, a guisa de ejemplo, diremos que el delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, como en el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho, del bien mueble ajeno. En la culpa no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso del manejador de un vehiculo que, con manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a un transeúnte. Es preterintencional cuando el resultado sobrepasa a la

intención; si el agente, proponiéndose golpear a otro sujeto, lo hace caer debido al empleo de la violencia y se produce la muerte; sólo hubo dolo respecto a los golpes, pero no se quiso el resultado letal.

7. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS. En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en *simples* y *complejos*. "Llámanse simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible. Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente." Edmundo Mezger, por su parte, estima que el delito complejo se forma de la fusión de dos o más.

No es lo mismo delito complejo que concurso de delitos. En el delito complejo la misma ley en un tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

El delito de robo puede revestir las dos formas, es decir, es dable considerarlo como delito simple, cuando consiste en el mero apoderamiento de bienes muebles ajenos, sin derecho y sin consentimiento de la persona autorizada para disponer de los mismos con arreglo a la ley; pero el Código Penal vigente erige en el artículo 381 bis, una calificativa (agravadora de la penalidad del robo simple) para el robo cometido en casa habitada; fórmase así un tipo circunstanciado que subsume el robo y el allanamiento de morada, delitos que poseen vida independiente; mas si el ilícito patrimonial de referencia se realiza en lugares habitados o destinados para habitación, no es dable aplicar las penas de allanamiento de morada, sino precisamente las correspondientes a la figura compleja.

8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES. Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan *unisubsistentes* y *plurisubsistentes*; los primeros se forman por un sólo acto,

mientras los segundos constan de varios actos. Expresa Soler que en el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sólo figura no constituye, a su vez, un delito autónomo. Así, sigue diciendo, para imputar el ejercicio ilegal de la medicina es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.

Para algunos penalistas, tanto extranjeros como nacionales, el delito plurisubsistente se identifica con el llamado "de varios actos", sean éstos idénticos o no; en tales condiciones, un mismo delito se da unas veces mediante diversos actos y otras con uno sólo, como ocurre con el homicidio, cuyo elemento objetivo puede manifestarse en un movimiento único o por varios y el conjunto acarrea el resultado letal. Nosotros, siguiendo a Soler, sólo consideramos plurisubsistente el delito que comporta en su elemento objetivo una repetición de conductas similares que aisladamente no devienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas. De acuerdo con este punto de vista, el homicidio siempre es unisubsistente, mientras el contemplado por la fracción I del artículo 171 es plurisubsistente: "Al que viole *dos o más veces* los reglamentos o disposiciones sobre tránsito o circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad", porque cuando esa violación ocurre una sola vez, no se integra el tipo y, en consecuencia, no se conforma el delito.

9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS. Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado, por ejemplo, es delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, mas es

posible su realización por dos o más; también son unisubjetivos el homicidio, el robo, la violación, etc. El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la prescripción 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 hecho esencial e insuperable); igualmente la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos.

10. POR LA FORMA DE SU PERSECUCION. Como una reminiscencia del período de la venganza privada, se conserva en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Estos delitos son llamados *privados o de querella necesaria*, cuya persecución sólo es posible si se llena el requisito previo de la querella de la parte ofendida. Manuel Rivera Silva —entre otros— opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos: el Derecho Penal tan sólo debe tomar en cuenta intereses sociales y, por lo mismo, no abrazar situaciones que importen interés de carácter exclusivamente particular. Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida y si por cualquier razón vulnera únicamente intereses particulares, ese acto debe desaparecer del catálogo de los delitos para ir a hospedarse a otra rama del Derecho.

La razón por la cual se mantienen en las legislaciones estos delitos perseguibles por querella de la parte ofendida, se basa en la consideración de que, en ocasiones, la persecución oficiosa acarrearía a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

Los delitos *perseguibles de oficio* son todos aquellos en los que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente, en los delitos perseguibles de oficio no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querella necesaria.

La mayor parte de los delitos se persiguen de oficio y sólo un reducido número a petición de la parte agraviada. Entre éstos pueden citarse el adulterio, el estupro, el rapto, el abuso de confianza, etc.

11. DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLITICOS. Esta clasificación es en función de la materia.

Los delitos *comunes* constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, los *federales* se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión. Por carecer el Distrito Federal de Poder Legislativo propio, el mismo Congreso Federal legisla en materia común (interna del Distrito), equiparándose – cuando ejerce estas funciones- a la Cámara local de las Entidades Federativas. (Véase Cap. IV, Núm. 3)

Los delitos *oficiales* son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (mejor dicho en abuso de ellas).

Los delitos del *orden militar* afectan la disciplina del Ejército. La Constitución General de la República, en el artículo 13, prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado.

Los delitos *políticos* no han sido definidos de manera satisfactoria. Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes. El artículo 144 reformado del Código Penal vigente, considera delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos. El Anteproyecto de 1949 los define así: "Para todos los efectos legales se considerarán como de carácter político los delitos contra la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos o los derechos políticos reconocidos por la Constitución."

Para el profesor Fernando Martínez Inclán, lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.

12. CLASIFICACION LEGAL. El Código Penal de 1931, en el Libro Segundo, reparte los delitos en veinticuatro Títulos, a saber: Delitos contra la seguridad de la Nación; Delitos contra el Derecho internacional; Delitos contra la humanidad; Delitos contra la seguridad pública; Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia; Delitos contra la autoridad; Delitos contra la salud; Delitos contra la moral pública; Revelación de secretos; Delitos cometidos por servidores públicos; Delitos cometidos en la administración de justicia; Responsabilidad profesional; Falsedad; Delitos contra la economía pública; Delitos sexuales; Delitos contra el estado civil y bigamia; Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones; Delitos contra la paz y la seguridad de las personas; Delitos contra la vida y la integridad corporal; Delitos contra el honor; Privación de la libertad y de otras garantías; Delitos en contra de las personas en su patrimonio; encubrimiento; y, Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.

El legislador de 1931 pretendió, en términos generales, hacer la división de los delitos teniendo en cuenta el bien o el interés protegido. Con acierto sostiene Fernández Doblado que el Código Penal vigente, a veces se aparta del criterio científico de clasificación de los delitos en orden al bien o interés jurídico tutelado, como tratándose de los "Delitos cometidos por servidores públicos", en donde se atiende al sujeto activo de la infracción; por lo que respecta al Título Decimotercero "Falsedad", se toma en cuenta la característica de la acción delictiva. Para el autor citado, el delito de abandono de hogar debería albergarse entre la bigamia y demás infracciones contra el estado civil, en un epígrafe que se denominara "Delitos contra la Familia". Critica igualmente la inclusión del raptò entre los delitos sexuales y censura asimismo esta última denominación, porque además de no hacer referencia al bien jurídico violado, involucra infracciones de diverso género".

Ahora bien, precisada la clasificación de los delitos según la forma de la conducta del agente, se advierte que el delito del peligro de contagio es un delito de acción, en cuanto a la norma trae aparejado un deber jurídico de

abstención, relativo a abstenerse de no poner en peligro de contagio la salud de otro.

Por su resultado, al delito se le clasifica en formal, en cuanto que el mismo atentos al contenido de su estructura, se agota con la simple puesta en peligro de la salud de otro, sin que para ello se precise que es contagio a otro de la enfermedad venérea o grave, ya que ello implicaría encontrarnos en presencia de un delito diverso de resultado material.

Por el daño que causa el delito, aparejado a su resultado, es un delito meramente de peligro en cuanto que aquí se apunta con antelación en lo referente al resultado, basta la simple puesta en peligro de la salud de otra para que ésta se consuma, advirtiendo en este apartado que incluso a tales consideraciones es un delito que no admite la tentativa.

Por su duración el delito es instantáneo en cuanto que basta la simple puesta en peligro de través de la relación sexual o cualquier otro medio idóneo para que el delito se consuma lesionándose en ese momento el bien jurídico tutelado.

## **CAPITULO 3**

### **3.- DINAMICA TIPICA DEL TIPO DEL PELIGRO DEL CONTAGIO**

**3.1 Tipicidad**

**3.2 Antijuridicidad**

**3.3 Culpabilidad**

### 3 DINAMICA TIPICA DEL TIPO DEL PELIGRO DEL CONTAGIO

#### 3.1 Tipicidad

Previo a entrar a cualquier consideración, necesario resulta el apuntar qué es la tipicidad.

Sobre este punto autores como Fernando Castellanos Tena ha sostenido que: "... Hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humano; más no toda conducta o hecho son delictuosos: precisa, además, que sean *típicos*, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: 'En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata', lo cual significa que no existe delito de tipicidad..."<sup>53</sup>

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con lo descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como "... descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él ..."

Al respecto del tema Mariano Jiménez Huerta sostiene: "... Si abrimos un Código Penal de cualquier nación o época y fijamos la vista sobre su Parte Especial, de inmediato advertimos que ésta contiene un catálogo de

---

<sup>53</sup> Ob.Cit. Pág. 167 y 168

figuras delictivas, bien diferenciadas unas de otras por sus típicas texturas. Y, precisamente, la típica trama de cada figura y la significación insita en su *tipicidad*, han puesto en un primer plano de la consideración jurídica el valor del subrayado vocablo en la formación conceptual del moderno Derecho punitivo...<sup>54</sup>

La tipicidad es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo que hace referencia al modo o forma que la fundamentación pública y técnica del Derecho Penal ha creado para poner de relieve que es imprescindible que la antijuridicidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca. Su significación conceptual se simboliza en el tipo, o como dice Mezger, es el "... injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal. Es indudable –escribe este autor- que el título es acción antijurídica; pero si no fuere más que esto, podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El Derecho penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: el más importante presupuesto de la pena –la antijuridicidad- sería dependiente de manera inmediata en la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que el *mismo* se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en *su* ámbito la antijuridicidad, por lo menos en lo que concierne a la *fundamentación* del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el *tipo*.

Difícilmente podríamos hallar un razonamiento más elocuente y sencillo que el mezgeriano que acaba de transcribirse para descubrir y

---

exponer la *ratio essendi* de la tipicidad. Este pensamiento sitúa su razón de ser en el marco cultural de nuestra época, esto es, en el plexo de ideales políticos y jurídicos que integran nuestra civilización. La tipicidad es, pues, una expresión propia del Derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político "nullum crimen sine lege"; bien con el nombre con que ahora técnicamente se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible. Las legislaciones de la casi totalidad de los países modernos proclaman expresamente este principio. Así, por lo que respecta a México, el artículo 14 de la Constitución Federal dispone que: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"; y el artículo 7 del Código Penal estatuye que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."<sup>55</sup>

Se ha dicho que la función que en el Derecho punitivo despliega la tipicidad como concepto, no se distingue en la función propia que corresponde a los preceptos jurídicos pertenecientes a las demás ramas del Derecho. Esta afirmación encierra una inexactitud. Primeramente, la función descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad, que, a los efectos sancionatorios realiza el tipo, no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que corresponde desplegar a los preceptos de las demás ramas jurídicas; pues mientras la función constitutiva propia de estas ramas jurídicas es abiertamente creadora, la del Derecho penal es restringida, limitada y típicamente encauzada —con exclusión de todo lo que no lo es— en el modelo penal. En segundo término, existe una diferencia formal entre la antijuridicidad oriunda de los preceptos jurídicos de las diversas ramas del Derecho y la antijuridicidad tipificada en el Derecho Penal; pues mientras la primera *no está descrita con especificación concreta de los hechos en que ha de plasmar*, la segunda es siempre descrita

---

<sup>54</sup> Ob.Cit. Pág 21 a 24.

mediante referencias concretas y fácticas de la conducta. Y así, por vía de ejemplo, parangonemos la antijuridicidad a que hace referencia el artículo 1910 del Código civil con la tipificada en el artículo 397 del Código penal; mientras en el primero no se mencionan las peculiaridades fácticas que condicionan la obligación de reparar el daño causado por quien obró ilícitamente o contra las buenas costumbres – dichas peculiaridades fenoménicas han de ser establecidas por el juez, en el segundo se describen específica y taxativamente las particularidades fácticas de la antijuridicidad en él recogida, sin que pueda, en forma alguna, admitirse que el juez amplíe dichas particularidades fácticas a otros fenómenos de igual o semejante intensidad y dimensión. Los preceptos de la norma penal ha escrito Ranieri se distinguen de aquellos otros contenidos en normas que pertenecen a las demás ramas del Derecho, en cuanto vinculan la forma de todo hecho punible, de suerte que no existe delito que no sea típico, esto es, que no tenga una particularidad forma diferenciada, descrita en un precepto penalmente sancionado, como más frecuentemente se dice, en un *tipo o modelo o figura legal*. Típico es –subraya Cicala- todo el Derecho penal, entendido como orgánico ordenamiento jurídico sustancial, preceptivo y sancionatorio, y también por este carácter, el Derecho penal se contrapone a las otras ramas del derecho público y privado (administrativo, financiero, civil), en los cuales es admitida la atipicidad de los hechos y de las relaciones jurídicas, así como también la atipicidad de los correlativos hechos ilícitos. La antijuridicidad penal –dice Guarneri- se funda sobre el requisito de la tipicidad que, requerida por el Derecho penal, no tiene relieve en el campo civilístico. Todavía con mayor elocuencia, Jiménez de Asúa declara que la *tipicidad es rigurosamente penal*, porque sólo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador, cosa que no ocurre en materia civil o comercial, ya que puede invocarse la costumbre, la analogía, los principios generales del derecho, la equidad, etc., junto a la ley que describe la figura del contrato o testamento. Y, finalmente, Welzel también afirma que mientras en las demás

---

<sup>55</sup> Mariano Jiménez Huerta Ob.Cit. Pág 24

ramas del Derecho, la generalización de los preceptos jurídicos puede ser aplicada en forma relativamente amplia. El Derecho penal debe describir lo injusto a través de acciones típicas”.<sup>56</sup>

Por su parte el tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco al respecto del tema refiere: “... El segundo elemento del delito, dentro del sistema causalista, es la tipicidad, concepto cuya sistematización la debemos al jurista alemán Ernesto Beling, a partir del año de 1906, en que publicó por primera vez la teoría de la tipicidad y el tipo. El concepto tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de “cuerpo del delito”, pero el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado. De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagraron el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen, sine lege*. Tal principio lo vemos en el artículo 14 de la constitución política mexicana cuando nos dice: 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. El tipo resulta ser expresado en forma simplista como, la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo. La teoría del tipo y la tipicidad fue evolucionando, pues Beling, la concibió como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. A esta primera etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad se le ha llamado fase descriptiva o de independencia. De esta forma Beling propugnaba que además del respeto a la máxima *no hay pena sin ley* debía consagrarse el principio *no hay delito sin tipicidad*, donde la conducta, desde un plano objetivo, debía encuadrar en el tipo para que fuese típica, pero tal encuadramiento debía ser en el marco descriptivo

---

<sup>56</sup> Orellana Wiarco, Octavio, Teoría del Delito, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., Pág.

de la ley, sin consideraciones o referencias a la antijuridicidad de la conducta, porque tipicidad y antijuridicidad no se pueden identificar, señalando que una conducta puede ser típica, pero puede darse el caso de que no sea antijurídica. El tipo es una *descripción* de una conducta como delictiva, pero si se busca conocer si una conducta es contraria a la *norma*, ello constituye una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad, que excede el marco de la tipicidad; más aún, si tal conducta la pretendemos atribuir a un sujeto para *reprochársela*, esto correspondería a la culpabilidad. De esta manera se dice que tipo y norma son partes esenciales en la teoría del delito, pero mientras el tipo describe, la norma valora. Igualmente la tipicidad debe separarse de la culpabilidad, pues en la tipicidad del acto no se hace referencia al dolo o a la culpa, especies de la culpabilidad...”

Corresponde al penalista alemán Max Ernesto Mayer, en su obra “tratado de derecho penal”, publicado en 1915, plantear la segunda etapa del desarrollo de la teoría de la tipicidad, llamada fase indiciaria, donde la tipicidad deja de ser meramente descriptiva y se le considera indiciaria de antijuridicidad.

Mayer sostiene la separación de tipicidad y antijuridicidad, pero asigna a la primera el fundamento de conocimiento de la antijuridicidad, nos dice: “*son como el humo al fuego.*”

Jiménez de Asúa estima que en los elementos normativos del tipo aparece claramente la función indiciaria de la antijuridicidad, y nos ejemplifica el elemento “ajeno” en el delito de robo, al que nosotros agregaríamos “sin derecho” que aparecen en la descripción típica del delito de robo prevista en el artículo 367 del Código Penal Federal, donde tales elementos son una referencia a la antijuridicidad, y de realizar una conducta típica el sujeto, ésta sería en principio indiciaria de antijuridicidad, pero tal valoración podría no darse plenamente de aparecer una causa de justificación.

La tercera etapa de la teoría del tipo la encontramos en el *Tratado de Derecho Penal* de Edmundo Mezger, y se refiere a que tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Para Mezger el delito es una acción típicamente antijurídica, es decir suelda los conceptos de tipicidad y antijuridicidad, y así el delito es acción antijurídica y al mismo tiempo típica.

Se critica a Mezger al sostener que su teoría le otorga a la tipicidad una función desmesurada, y que crea una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general.

Una cuarta fase del desarrollo de la tipicidad es la defensiva, y se refiere a la segunda formulación de la teoría de la tipicidad por Ernesto Beling en 1930.

Beling en su obra inicial *Die Lehre vom Verbrechen*, en 1906, había explicado al tipo como la suma de elementos materiales que integran el núcleo del delito, alrededor del cual se agrupan los demás elementos; en su obra *Die Lehre von Tatbestand* publicada en 1930, Beling, ya no habla de una especie delictiva, sino de una "imagen rectora" compuesta de pluralidad de elementos, unos expresos en la ley, otros subyacentes en la misma, que se desprenden de la descripción legal que pueden ser objetivos (como la antijuridicidad), o subjetivos (como los referentes a la culpabilidad), pero todos dan lugar a esa imagen rectora.<sup>57</sup>

El tipo deja de ser un hecho objetivo, abstracto y conceptualmente descrito en sus elementos materiales, y pasa a ser una "imagen rectora" que preside cada especie delictiva; la tipicidad será una adecuación a la "imagen rectora" no a la especie delictiva. De esta manera Beling busca dar solución a problemas como los de la tentativa, o la complicidad, que no podían encuadrarse en la específica descripción típica, pero sí en la "imagen rectora".

Jiménez de Asúa apoyándose en esta nueva exposición de Beling nos hablará de tipo de delito, de tipo de injusto, de tipo de culpabilidad, de figura rectora, de adecuación típica y de tipicidad.

En consideración de Zaffaroni otra de las objeciones iniciales hechas a Beling y que éste trata de resolver en 1930 es: la necesidad de la

---

<sup>57</sup> Cfr. *Ibidem*.

congruencia del dolo en el tipo objetivo, y a partir de entonces se abren dos caminos para resolver el problema: uno, casi intransitado, inaugurado por el mismo Beling, y el otro, que había sido señalado por Hellmuth von Weber en 1929: la concepción mixta del tipo. La dogmática alemana transitó este último camino, o bien se quedó con el anterior, tratando de remendarlo. La primera solución es la del finalismo y la segunda del actual causalismo.

Algunos autores consideran que al hablar de tipo y tipicidad se llega a confundir dichos conceptos, por lo que debe distinguirse entre tipo, juicio de tipicidad y la tipicidad propiamente dicha.

El tipo es una figura de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad, la averiguación que, sobre una conducta, se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad es el resultado afirmativo de este juicio.

Aparece una quinta fase sobre la teoría del tipo y se le llama destructiva, y se debe a las posiciones radicales del nacional-socialismo alemán, en la aciaga época de Hitler, donde el punto de partida del delito no es la acción, sino la voluntad del agente; donde se reprocha no el daño causado, sino la peligrosidad del agente, y sobre todo donde el orden jurídico parte de una "moral del pueblo" y el juez debe interpretarse ese "orden moral del pueblo", por lo que el juez no debe estar atado a consideraciones formales, así los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege* no existen para el derecho nazista, lo que llegó a los excesos de todos conocidos, en que los principios del derecho penal liberal democrático fueron atropellados en aras de un estado totalitario.

Sin embargo, en la moderna teoría del tipo y la tipicidad impera la preocupación de que esta teoría sea una efectiva garantía de legalidad y libertad del individuo, para evitar que se repitan casos como el del nazismo, para que el tipo constituya la Carta Magna del inculpado.

Sin duda, otro de los temas más trascendentales para la teoría del tipo y que incide en forma capital en las concepciones causalistas y finalistas de la teoría del delito, son los llamados elementos subjetivos del injusto.

Ya habíamos apuntado que el tipo se conforma por elementos subjetivos, pero que en ocasiones en forma expresa involucra elementos subjetivos como cuando hace referencia a condiciones psicológicas del sujeto activo al momento de realizar la conducta típica, como es el caso cuando el tipo dice: al que con ánimo; ...al que con propósito; ...al que engañando", etcétera. También puede suceder que el tipo haga alusión a elementos normativos, llamados así porque el tipo consigna elementos que entrañan valores, sean jurídicas o culturales, como cuando señala: "...al que sin derecho; ...cosa ajena; ...casta y honesta; etcétera.

La existencia de los elementos subjetivos y normativos, además de los objetivos primeramente considerados, llevó a la clasificación de los tipos en normales y anormales, siendo los primeros aquellos tipos que sólo contenían elementos objetivos, y los segundos, los que además de contener elementos objetivos, consignaban elementos subjetivos o normativos o ambos.

Las repercusiones del reconocimiento de la existencia de los elementos subjetivos y normativos del tipo llevaron a varios penalistas a cuestionar la posición beligniana de que al tipo debía concebirse como meramente descriptivo, que cualquier cuestión subjetiva o valorativa correspondía a la culpabilidad o a la antijuridicidad.

Beling niega la existencia de los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad y explica que cuando el tipo hace referencia a conceptos como "ajeno", "ejercicio legítimo" etc., son "referencias jurídicas de la conducta, que conservan su función descriptiva, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la "intención impúdica" o "el ánimo de lucro" no son más que frases que se refieren a la descripción.

Algunos tratadistas consideran que los elementos subjetivos del injusto deben tratarse al estudiar la antijuridicidad (Mayer, Mezger, Schmidt), otros penalistas lo ubican al estudiar la culpabilidad, o bien en el dolo específicamente.

Ahora bien, en el sistema causalista se puede señalar que desde mediados del siglo pasado ya se apuntaba la problemática de los elementos subjetivos del injusto. Un autor alemán (Hegler en 1914) ya explicaba que no cualquier sustracción de la cosa mueble da lugar al robo, sino que tan sólo la sustracción de la cosa con “ánimo de apropiación” lo que obligaba al reconocimiento de elementos subjetivos.

A otro autor alemán, Max Ernesto Mayer, se le reconoce como el primer expositor sistemático de los llamados elementos subjetivos del injusto. Para Mayer siendo la antijuridicidad un concepto objetivo, los elementos subjetivos de la antijuridicidad son características que deben tomarse en cuenta al afirmarse lo injusto de un acto, pero que tales elementos no pertenecen a la culpabilidad, en efecto., -para este penalista- el fin que persigue un sujeto al ejecutar un delito corresponde al injusto; el motivo que lo impulsa pertenece a la culpabilidad.

Goldschmidt no comparte el punto de vista de Mayer, y para él los llamados elementos subjetivos del injusto, pertenecen lisa y llanamente a la culpabilidad, y podíamos agregar nosotros siguiendo el hilo de este pensador, que el fin, el motivo, son terrenos de la culpabilidad, derivándose de ello que no distingue entre fin y motivo a la manera de Mayer.

Por su parte Edmundo Mezger uno de los demás destacados penalistas dentro del sistema causalista, consideró en un principio a los elementos subjetivos del injusto, con exclusiva referencia a lo injusto; posteriormente explicó que no todo lo objetivo pertenece a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, sino que en ocasiones tales elementos son fundamentación del ilícito, sobre todo cuando la exclusión de esos elementos subjetivos da lugar a la desaparición de la antijuridicidad del hecho; en otros casos, podrán ser referencias anímicas subjetivas del inculpado, entonces ello, caerá en el campo de la culpabilidad.

El debate sobre los elementos subjetivos del injusto parece ser aún a la fecha, terreno de múltiples discusiones y matices, que desde luego, no se agotan en las posiciones de los tratadistas mencionados, pero que creemos

resumen en buena medida las principales posiciones de los penalistas seguidores del sistema causalista.

Creemos pertinente indicar en este momento, que por su parte la corriente de la acción finalista, al ubicar dentro de su sistema el dolo y la culpa dentro del terreno de la teoría del tipo, y no de la culpabilidad, es lógico que los llamados elementos subjetivos del injusto se examinen de modo muy distinto al que lo hacen los causalistas.<sup>58</sup>

De lo expuesto podemos llegar a la conclusión de que la tipicidad, es la concretización de todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo o bien la adecuación de la conducta al tipo.

Ahora bien, en lo tocante a la figura delictiva Del Peligro del Contagio tipificada en el artículo 199 bis del Código Penal Federal, que a la letra dice:

*“ART. 199 bis- El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubinarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

Al respecto habremos de establecer, que la misma ha de ser típica, cuando se concretizan todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo, misma que atentos a lo dispuesto habremos de concluir que la dicha descripción abstracta de lo antijurídico, posee en su estructura elementos subjetivos y descriptivos, a saber el primero consistente en que el sujeto activo esté consciente de que se encuentra enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave que se encuentra en período infectante, elemento subjetivo del tipo que se traduce en un simple conocimiento del estado patológico de la salud del activo y del que la enfermedad que padece se encuentra en un período infectante.

---

<sup>58</sup> Cfr.

Asimismo dicha figura delictiva cuenta con elementos descriptivos, consistentes en que se ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de la relación sexual o cualquier otro medio transmisible; desprendiéndose de lo anterior el hecho de que sólo puede ser sujeto activo del delito aquella persona que por una circunstancia de carácter natural se encuentre enferma o padece esa enfermedad de indole venéreo u otra enfermedad grave que incluso puede ser de indole incurable y que además se encuentre en periodo infectante; estructura típica de la que se concluye que la figura delictiva en atención a la conducta desplegada por el sujeto activo es considerada como de omisión en atención a que se contraviene un deber jurídico de obrar establecido en la norma penal, consistente en que se debe hacer del conocimiento a la persona con la que se copula la enfermedad que se padece y que ésta se encuentra en periodo infectante.

Por otra parte, en atención al resultado ésta debe ser acotada como formal, toda vez que el tipo se agota con la omisión del agente sin que para su integración sea necesaria la producción de un resultado externo, ponderándose en este apartado que de darse el resultado de contagio se estaría ya ante la presencia de un delito de LESIONES y no de peligro de contagio, ilícito de resultado formal, que por el daño que causa es un delito de peligro efectivo en atención a que el mismo tan sólo genera una posibilidad de la causación de un contagio (daño); por su duración es instantáneo dado que la acción que lo consuma se perfecciona en el momento en que se pone en peligro a la víctima por cualquier medio transmisible; en función a su estructura o composición es simple en atención a que la lesión al bien jurídico es única, esto es, a la salud de las personas; por el número de actos que integran la acción típica, se considera como unisubsistente ya que se forma con un sólo acto; por la cantidad de sujetos que pueden intervenir en la acción se considera como unisubjetivo por ser suficiente para la concretización del tipo la actuación de un sólo sujeto activo; por la forma de persecución es de oficio aunque si los protagonistas del evento son cónyuges, concubenarios o concubinas, es perseguible por

querella; es de índole Federal en atención a que se encuentra tipificado en un cuerpo de ley de aplicación en toda la República, aunque preciso es destacar que tal alcance de índole federal en estricto sensu fue a partir de la creación del Código Penal para el Distrito Federal como quedó precisado en el capítulo I del presente apartado.

Ahora bien, creemos pertinente analizar en el apartado de la tipicidad si el fin para el cual fue creada la figura delictiva en mención y que posteriormente con el descubrimiento de la enfermedad denominada *SIDA* se amplió su alcance protector, cumple su fin al ser creada, esto es, la de castigar las cópulas y exposiciones indebidas a la exposición de su contagio.

Tomando en consideración que la figura delictiva de referencia en su composición posee un elemento subjetivo (sabiendo); tal aspecto impide una posible configuración culposa, ya que el que consciente de dicha dolencia expone a otro al contagio por cualquier medio transmisible actúa bajo los extremos del dolo de peligro, dado que el sujeto activo conoce las circunstancias subjetivas y objetivas del hecho y de la conducta que efectúa, además de encontrarse consciente del peligro que engendra porque quebranta su deber.

Amén de lo anterior, se cuenta con el hecho de que dicha configuración culposa sería susceptible no obstante la inclusión de dicho elemento subjetivo, si el tipo en su estructura para su consumación precisare de la concreción de un resultado dañoso, ya que ello abriría la posibilidad como dice Mariano Jiménez Huerta "... Los elementos típicos subjetivos contenidos en la conducta de peligro descrita, hacen imposible que el delito anexado en el artículo 199 bis admita configuraciones culposas. Estas configuraciones culposas serían plenamente viables, a pesar de dichos elementos subjetivos, si para la integración del delito se requiriera la realización del resultado, esto es, la causación del contagio, pues pudiera acontecer que el sujeto activo hubiere copulado con conocimiento de la enfermedad venérea que en período infectante sufría y que por especiales circunstancias no se hubiere representado la posibilidad de producir el

contagio o, ante esta representación, la hubiere rechazado con la esperanza de que no se produjera, fundado en que ya en otras ocasiones había copulado sin contagiar el mal. Pero como el delito descrito en el artículo 199 bis se integra típicamente con la sola conducta del que "sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales", sin que para su consumación se precise que se produzca el contagio, es intrascendente en su configuración típica que el agente se hubiere o no representado la posibilidad de producir el resultado y la actitud psicológica que hubiere asumido ante dicha representación; pues el que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante efectúa actos sexuales con otro, actúa con el tipo de culpabilidad -dolo de peligro- que antológicamente requiere la figura jurídica en examen, habida cuenta de que el sujeto activo conoce las circunstancias de hecho -subjetivas y objetivas- de la conducta que perpetra y es consciente de que engendra un peligro y, por ende, de que quebranta un deber. Distinto hubiere sido si el tipo penal a quien se quiso atribuir la especialísima función de atrapar penalmente el peligro insito en la conducta culposa, hubiere omitido toda alusión a dichos elementos subjetivos, o, después de hacer referencia a los mismos con la frase "sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante", hubiere agregado, como propuso Jiménez de Asúa, "...o debiéndose saber aquejado de dicha enfermedad..." Empero, nosotros creemos un tanto torturado cualquier intento de admitir configuraciones culposas en los delitos de peligro, pues si bien es admisible el tipo de culpabilidad -dolo de peligro- consustancial a dichos delitos, abrigamos profundísimas reservas sobre la posibilidad de estructurar una *culpa de peligro*, también como tipo de culpabilidad de los delitos citados. Por otra parte, la relativa importancia que después del descubrimiento de los antibióticos tienen las enfermedades venéreas, hace innecesario acudir a medidas excepcionales de punición, máxime cuando dichas medidas destuercen y desorbitan los tipos delictivos y prácticamente tienen una

presencia fantasmal, pues su aplicación estricta requeriría algo inadmisibles en nuestro mundo e inverosímil en un orbe mejor: ¡Un policía sanitario en cada alcoba!<sup>59</sup>

Respecto de su último comentario, lo que el multicitado autor refiere en relación al descubrimiento de los antibióticos contra las enfermedades venéreas resulta innecesario dicha tipificación culposa. Afirmación que obedeció a una época distinta a la actual, en la que aún no se descubría nada en torno a la preocupante enfermedad del SIDA, sin embargo, atentos a la aparición de tan lamentable mal, necesario resulta la protección de la salud bajo cualquier concepto.

Restamos aquí tan solo, hacer un comentario en torno a lo estatuido en el artículo 199 bis, del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

*“ART. 199 bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubinarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

Dispositivo del que la inclusión del elemento normativo “y sin que la víctima u ofendido tenga conocimiento de esta circunstancia,”; conjuntamente con el elemento subjetivo “sabiendo”, impide aún más la configuración culposa, ya que exige y precisa aún más el actuar antijurídico del agente exigiéndole comunicar a la víctima acerca de su dolencia, lo cual no podría llevar a cabo si no es mediante un conocimiento previo de su dolencia y de las consecuencias de su ilícito proceder.

---

<sup>59</sup> Ob.Cit. Pág 250 y 251

### 3.2 Antijuridicidad

Al respecto de tal concepto, necesario resulta el apuntar que sobre este aspecto Fernando Castellanos Tena ha escrito: "...Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un *anti*, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Javier Alba Muñoz escribe: "El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente."<sup>60</sup> Para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder señala que Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada y para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario. El profesor argentino textualmente dice: "Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una *disonancia armónica*, pues en la frase se expresa, en el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora."<sup>61</sup>

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su 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

---

<sup>60</sup> Ob.Cit. Pág. 177 y 178

<sup>61</sup> Ibidem.

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

Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la *violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo*. Como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal "rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico".

Sobre el tema Mariano Jiménez Huerta sostiene: "...Para que una conducta típica pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad. Surge así la antijuridicidad como una característica del delito. Según el parecer de Von Hippel, el conocimiento profundo de la naturaleza e importancia de la antijuridicidad como elemento conceptual del delito es tan sólo conquista de la época reciente, ya que hasta el año 1870 no se destaca con claros perfiles.

Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, necesario es que sea antijurídica. La antijuridicidad se ofrece así como un dato capaz de ser separado conceptualmente del hecho mismo, en cuanto constituye un *plus* y un *quid* valorativo que puede o no existir. Para calificar una conducta como antijurídica, preciso es comprobar que es contraria al orden jurídico, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita. Se da así vida a un elemento que, lejos de estar implícito en el concepto de conducta, constituye una entidad ideológicamente diversa y autónoma. No todo hecho relevante penalísticamente es siempre un hecho antijurídico. Matar a otro es un hecho típico; sin embargo, éste hecho no siempre es antijurídico.

La antijuridicidad matiza y tiñe la conducta humana de un colorido o tonalidad especial y es, sin excepciones, presupuesto general de la punibilidad. Dicho matiz, tono y color surge del juicio que sobre la conducta

se formula. El pronunciamiento y declaración de que una conducta típica es antijurídica, presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración o, como dice Mezger, un juicio en el que se afirma su contradicción con las normas del Derecho. Cuando el juicio arroja como resultado la existencia de una relación de contradicción o desarmonía entre la conducta del hombre y las normas del Derecho, nos hallamos ante un acontecimiento injusto o antijurídico. Cobra así inusitado valor ante el moderno Derecho Penal, la fórmula de los que afirmaron ser el delito una *disonancia armónica*. Hay en el delito *armonía*, en tanto implica identidad de la conducta del hombre con el hecho que describe el tipo penal; pero esta armonía es *disonante*, en cuanto representa una contradicción con las normas de valoración que el propio tipo tutela y protege.

Lo antijurídico implica desvalor. Surge como un predicado de la conducta expresado negativamente, y significa una reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser éste puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico. Representa una negación del mundo del Derecho; es aquello que, según los ideales éticos del hombre, debía no ser, y es, sin embargo, por la victoria del hecho sobre la ley.

El juicio por el que se declara que una conducta es antijurídica compete formularlo al juez o magistrado al fallar el caso concreto que incrimina. Cumple, empero, al penalista, el examen abstracto de esta característica general que matiza la acción delictiva. La antijuridicidad o injusto es, en su generalizada abstracción, la entraña del delito. Pero es preciso subrayar que no se corporifica en un elemento material susceptible de percepción sensorial de igual naturaleza que la conducta; por el contrario, su existencia surge de un juicio de valoración de la conducta en relación con el orden jurídico-cultural, y, por consiguiente, en relación a los valores".<sup>62</sup>

Al respecto Luis Jiménez de Asúa refiere: "... Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto han sido enturbiados por pretendidas exigencias de

---

<sup>62</sup> Ob.Cit Pág. 207

moral y de política. El desprecio que tuvieron los positivistas por el Derecho hizo que esta piedra angular de todo edificio de Dogmática punitiva haya quedado sin pulimento en los países que bebieron su sabiduría jurídica en fuentes italianas. Tendríamos que comenzar por esclarecer si el *prius* lógico es lo jurídico (justo) o lo antijurídico (injusto). Schopenhauer afirmó que el *prius* era lo injusto y que a él sucede lo jurídico. Acaso ocurriera así desde el punto de vista de la evolución histórica. Quizá el ordenamiento jurídico, que es un orden de paz, haya nacido de los ataques injustos a los intereses. Pero, si en vez de la prioridad histórica tratamos de averiguar el *prius* lógico, tendremos que reconocer que primero es lo justo, y lo injusto su contrario. Esta es la *communis opinión*, y así piensan principalmente Beling, Sauer, Fischer y Zimmerl. Otro problema previo que nos importa destacar es si lo *injusto* y lo *antijurídico* tienen distintos significados o pueden emplearse como sinónimos. Guillermo Sauer, después de decir que son lo mismo, afirma que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo antijurídico sólo la valoración. En cambio, Binding, que trata el asunto más profundamente, dice que Unrecht (injusto) es sólo *no derecho*, y que lo antijurídico es ya un *anti*. Creemos, con Mezger, que si bien es muy exacta la observación de Binding, debemos emplear indistintamente y con carácter sinónimo tanto la voz *injusto* como la de *antijurídico*.

Más honda es la discusión a propósito de si debemos decir *contrario al Derecho* (*Rechtswidrigkeit*) o *contrario al deber* (*Pflichtwidrigkeit*). Donha y Goldschmidt creen que pueden y deben emplearse ambos, aunque con ciertas diferencias. Nagler prefiere la *antijuridicidad* a lo *contrario al deber*. En cambio, Mayer acepta el segundo término al tratar del contenido de la culpabilidad. A nuestro juicio, teniendo un mismo alcance, cabe hacer distingos. Lo contrario al Derecho es el proceso objetivo del que juzga: el juez comparando la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo. (vid. Cap. XXXII).

Finalmente, se eleva ante nosotros otro problema de mayor consistencia. A nuestro juicio, el delito, como la infracción civil, caen en el ámbito común de lo *injusto culpable*. Es decir, que a nuestro entender, lo injusto civil, administrativo y penal tienen un mismo origen y sólo se separan al llegar a las consecuencias.

No ignoramos que figuras eminentes de la Filosofía jurídica y escritores notables de Derecho penal han mantenido tesis opuestas. Hegel y su escuela postularon la escisión, definiendo lo injusto penal como consciente y lo civil como inconsciente. Certestamente observó ya Adolfo Merkel que el delito culposo penal y el delito civil doloso contradicen esa doctrina. Luego quiso Mauricio Liepmann conservar la teoría de la naturaleza distinta, construyendo el delito sobre la voluntad, y la infracción civil sobre el resultado. Pero también en este siglo se ahonda más, por Adolfo Prins, en las razones del origen común, ejemplificando con fortuna polémica. En efecto, hay más gravedad intencional en quien incumple un contrato del que depende la subsistencia de un desvalido, que en los delitos culposos de carácter imprevisto (aunque previsible) en que el resultado destaca con más imperio que la propia imprevisión. Arturo Rocco, en Italia, defiende la diferencia de lo ilícito penal de las otras formas de lo ilícito, por creer que nuestra rama jurídica es constitutiva.

Examen aparte merecen los denominados "delitos de policía". En Alemania se asocia penal criminal a estos delitos. Pero la sustancia de ellos no radica en el contenido esencial de la infracción, y por eso urge, según algunos escritores tudescos, separar estas infracciones del delito *sensu stricto*. Esta separación se inicia por Lorenz, von Estein y Otto Meyer; pero quien la desarrolla más extensamente es J. Goldschmidt, seguido por Umhauer, Pollack, Friedenthal y otros. El delito administrativo —dice— no es un acto contrario al derecho, sino contrario al orden administrativo; no es lesión de un interés jurídicamente protegido, sino de un interés declarado por la Administración; la omisión de la asistencia debida a la Administración pública conducente a satisfacer el bien público.

La tesis de Goldschmidt quiere tan enteramente escindir lo injusto administrativo de lo penal, que, forzado por sus razonamientos, acaso se le podría atribuir la creación de una antijuridicidad especial para lo policiaco. Con motivo se indigna Beling contra semejante doctrina. Pero, en verdad, James Goldschmidt se esfuerza en mantener la unidad de lo antijurídico.

No existe, pues, más que un solo injusto originario. El ordenamiento administrativo es –como dice Fischer– el propio ordenamiento jurídico. En suma: lo injusto administrativo, como lo injusto civil, vienen de idéntica fontana. Por eso es preciso distinguir, como lo haremos en su día, una característica especial del delito, ya que, como injusto, pertenece a ese género próximo (vid. *Infra*, cap. XXXVI-269). Como ya hemos dicho, este problema extravasa del restringido perímetro de una distinción terminológica, para referirse nada menos que al concepto del Derecho penal propiamente dicho. Los que creen que nuestra disciplina es constitutiva, afirman la existencia de un injusto penal propio; los que creemos que nuestra rama jurídica es meramente garantizadora, nos pronunciamos por que lo injusto sea general al Derecho (vid. *supra*, cap. I, número 3 d).<sup>63</sup>

Por su parte Octavio Alberto Orellana Wiarco sostiene sobre el particular que: "... El afamado maestro Luis Jiménez de Asúa, al referirse a la antijuridicidad nos dice que:

provisionalmente puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Sin embargo, el propio tratadista español nos explica que esta definición en realidad no nos lleva al conocimiento de lo que es contrario al derecho.

Numerosos problemas ha planteado este elemento del delito, desde su propia denominación, su contenido, su función, sus clases, etc., que desde luego han sido abortadas y resueltas de diversa manera. Para el objetivo perseguido en este trabajo, vamos a resumir el pensamiento de los penalistas causalistas más destacados sobre este elemento.

---

<sup>63</sup> Ob.Cit Pág. 265 a 267

En cuanto al concepto antijuridicidad, algunos opinan que es preferible el término injusto.

Guillermo Sauer, Binding y otros penalistas distinguen entre antijuridicidad e injusto, afirmando en que el primer término es un "anti" y el segundo es sólo "no derecho"; por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad.

El italiano Petrocelli y el argentino Ricardo C. Núñez, entre otros, estiman que pueden usarse los términos antijuridicidad, ilicitud y entuerto, indistintamente.

Kelsen y Faustino Ballvé, plantean que el uso del término correcto en este terreno es el de "ilicitud" y así piensan que la "ilicitud" es el comportamiento contrario al comportamiento jurídicamente obligatorio; y la antijuridicidad es la lesión no sólo al deber jurídico, sino también al bien jurídico tutelado por la norma jurídica.

Para otros autores que han llegado a utilizar los términos "ilegalidad", "ilegitimidad", "anormalidad" y aún "entuerto", en realidad lo hacen refiriendo su contenido a lo "contrario de norma", de ahí que Jiménez de Asúa prefiera el uso del término antijuridicidad, que además es el más extendido y aceptado.

En realidad más compleja es la cuestión del contenido de la antijuridicidad.

Dado que la antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

La entraña de la antijuridicidad es un juicio de valor, ello es prácticamente aceptado por la inmensa mayoría de los penalistas, quienes encuentran en la definición de delito natural de Rafael Garófalo el antecedente de que la antijuridicidad es la valoración de un acto, que en su

esencia es contrario a las normas o valores de la soledad, que Garófalo denomina "sentimientos altruistas de piedad y probidad" que todo grupo social posee –a su juicio- en una medida media.

Von Liszt fundador del sistema causalista de la teoría del delito ya apuntaba: "El acato es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)."

Siguiendo los pasos de Liszt, el autor alemán Max Ernesto Mayer expone su famosa teoría de las "normas de cultura" como fundamento de la antijuridicidad.

La Sociedad, indica Mayer, es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos 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 aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Prosiguiendo esa línea marcada por Liszt, Mayer y otros autores, otros pensadores han expuesto que la esencia de la antijuridicidad la encontramos en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético-sociales plasmadas por el legislador de la ley.

A su vez el penalista mexicano Sergio Vela Treviño con base en una exposición sistemática de los temas apuntados define a la antijuridicidad como: "resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado."

De la anterior definición su autor deriva los siguientes elementos:

a).- Una conducta típica, que precede en un plano lógico a la antijuridicidad;

b).- Una norma jurídica, en la cual subyace la norma de cultura que se tomó en cuenta para crear la propia norma jurídica;

c).- Un juicio valorativo, de carácter objetivo, que implicará en ocasiones el estudio del total sistema jurídico, ya que la antijuridicidad es unitaria, y en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma

expresa en la norma jurídica penal, sin embargo, el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general, y los límites del tipo determinan la objetividad del juicio valorativo. Además de ese límite, la antijuridicidad deviene a ser un juicio valorativo objetivo porque corresponde realizarlo al juzgado, y su fundamento primario lo encontramos en el artículo 21 constitucional mexicano cuando se prescribe:

*"... La imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial..."*, en íntima relación a otros preceptos de rango Constitucional como son los artículos 16, 17 y 19;

d).- Insiste el penalista Vela Treviño, que el juicio valorativo de contradicción corresponde realizarlo al juez y sólo a él, se compete, en función de sus atribuciones y competencia; juicio valorativo de la conducta típica y a fin de determinar la antijuridicidad de la misma, la que desde luego no podría quedar sujeta al juicio del propio inculcado, o del ofendido, o del representante de la sociedad, pues entonces esa valoración sería subjetiva y resultaría arbitraria.

Abundando sobre el tema de la antijuridicidad, se habla de la antijuridicidad formal y material. Liszt distinguía que el acto es formalmente contrario al derecho, cuando transgrede la norma, que contiene un mandato o una prohibición; y ese acto resulta materialmente opuesto a la norma, por cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

Este criterio dual de la antijuridicidad fue criticado por el maestro Luis Jiménez de Asúa y el penalista Sebastián Soler. En efecto el primero escribió:

Bien mirado, todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad; en suma la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material la antijuridicidad propia. El error está en que la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo formal, que es descriptivo.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Orellana Wiarco, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, Pág. 24 a 29

Pensamos que también coincide en esta forma de pensar Cuello Calón cuando escribe que la antijuridicidad formal es una consecuencia del principio de legalidad, donde la antijuridicidad formal; aceptar únicamente la antijuridicidad material, nos puede llevar a excesos y abusos como los cometidos en la Alemania nazi, donde la conducta antijurídica era lo que contrariaba el *sano sentimiento del pueblo alemán*.

También en el estudio de la antijuridicidad destaca el pensamiento de Carlos Binding, quien expuso que al cometerse un delito, éste no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la ley, lo que viola dicho sujeto no es la ley, sino la norma subyacente en la ley. A manera de ejemplo, cuando un sujeto mata a otro, su conducta se adecua a lo previsto en la ley que dice: *Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro*, así pues resulta que el sujeto lo que viola es la norma, en realidad contradice los valores culturales, el "no matarás" implícito en la descripción típica, en la ley.

Otro tema, tal vez donde se han presentado las discusiones más encontradas, en el análisis de la antijuridicidad, no sólo en el campo de los penalistas "causalistas", sino polémico entre éstos y los finalistas, son los "elementos subjetivos de lo injusto", tema que ya destacábamos al estudiar la tipicidad.

Cabe agregar, que algunos autores piensan, sobre este particular, que en algunos delitos, se requiere además de valorar la conducta desplegada por el sujeto, para asumir que la misma fue antijurídica, contemplar la integración de elementos de carácter subjetivo, señalados en el tipo.

Para Mezger, como ya lo habíamos apuntado "tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepcionales de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo".

Los autores causalistas, sin embargo, afirman que esos "elementos subjetivos" son diferentes del dolo, son especiales "tendencias", "motivos" que el legislador exige, además del dolo. Así por ejemplo, se puede citar –a su juicio– el caso del delito de injurias, donde el elemento subjetivo del injusto

lo encontraríamos en el ánimo de injuriar, de tal modo que proferir injurias, sin ánimo de injuriar, no podrá constituir el delito de injurias; de la misma manera como apoderarse de un bien mueble, sin ánimo de apropiación, no será delito de robo.

Para la corriente de penalistas que forman el sistema finalista, éste es uno de los puntos de quiebra del sistema causalista, (como lo estudiaremos más ampliamente en el capítulo siguiente), ya que "tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos, entre ellos el dolo". Para el finalismo al ubicar el dolo en el estudio del tipo, se resuelve por sí sólo el llamado problema de los "elementos subjetivos del injusto", ya que no corresponde a la culpabilidad el estudio del dolo, sino al tipo, y todas las incongruencias de los causalistas, a pesar de los esfuerzos de penalistas de la talla de Mezger por resolver estos "elementos subjetivos" en el campo de lo objetivo, encuentra solución.

Por último, y con el propósito de enlazar el tema de la antijuridicidad con su aspecto negativo, dentro de la dogmática jurídico penal, o sea, las llamadas causas de justificación (de licitud para algunos), encontramos definiciones del concepto antijuridicidad refiriéndolo a los casos de su exclusión, donde la apariencia de antijuridicidad desaparece al presentarse alguna causa de justificación. Así podemos definir a la antijuridicidad como aquella conducta que la norma, en tanto siendo típica, no esté amparada en alguna causa de justificación.

De lo expuesto podemos afirmar que la antijuridicidad habremos de entenderla como la lesión al bien jurídico a través de la trasgresión al deber jurídico implícito en la norma penal.

Ahora bien, en lo tocante al delito del Peligro de Contagio, la conducta proveniente del agente del evento se coloca antijurídica, cuando el sujeto activo encontrándose consciente del mal que posee y de que éste se encuentra en un período infectante, por cualquier medio transmisible pone en peligro la salud de otro, esto es, atentos a la naturaleza de la conducta desplegada por el sujeto, la figura delictiva, trae aparejado un deber jurídico

de obrar, consistente en que el que consciente del mal que padece, debe hacer del conocimiento de dicho mal a las personas que en la vida cotidiana se interrelacionan con él a efecto de no generar ese peligro, aspecto que incluso en la legislación penal aplicable al Distrito Federal, se encuentra patente en cuanto a que en el artículo 199 bis del Cuerpo Legal invocado se establece que para que se concrete dicho delito la víctima o el ofendido no debe tener conocimiento de dicha circunstancia.

### 3.3. Culpabilidad

Previo a entrar al análisis del concepto de culpabilidad en el delito que nos ocupa, accesorio resulta el conocer lo que en la teoría se dice acerca de dicho concepto.

Sobre el punto Fernando Castellanos Tena dice: "... La culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto... Por ello consideramos a *la culpabilidad* como el *nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto*. Para Villalobos, 'la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa...'.<sup>65</sup>

Por su parte Sergio Vela Treviño haciendo una recopilación de los autores más destacados acerca de tal concepto sostiene que: "Edmundo Mezger. Partiendo del principio de que la imputabilidad es una característica de la culpabilidad, Edmundo Mezger define a ésta como "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente".

---

<sup>65</sup> Ob.Cit., 233 y 234

Para encontrar los presupuestos de la pena que integran el conjunto a que se refiere al profesor de Munich, es necesario que se siga el orden expositivo que se establece en la obra citada como referencia, es decir, el *Tratado de Derecho Penal*. Se dice ahí que en su aspecto jurídico-penal, la culpabilidad tiene que ser entendida, ante todo, como una determinada situación de hecho, ordinariamente psicológica, que corresponde a lo que se llama situación fáctica de la culpabilidad y a la cual se conecta el reproche que se dirige al autor y, consecuentemente, la pena que al mismo debe aplicarse. En este aspecto, culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena que se encuentran en la persona del autor. Además, para que alguien pueda llegar a sufrir la consecuencia de su hacer culpable (pena), no es suficiente que sea el autor de una conducta típica y antijurídica, sino que se requiere, igualmente, que esa conducta pueda serle reprochada personalmente. De esto, dice Mezger, se obtiene un nuevo grupo de presupuestos de hecho de la pena, a los cuales corresponde establecer las relaciones que resulten entre la acción (conducta) y la persona del sujeto.

Al mismo tiempo, sostiene el autor en cita, la culpabilidad es un juicio valorativo que se realiza sobre la situación fáctica de la culpabilidad. Quiere decirse que la culpabilidad no radica en la cabeza del autor de la conducta, sino en la cabeza de otros, ya que el juicio por el que se valora si el autor de una conducta es o no culpable, establece un lazo indisoluble entre la situación de hecho y la reprochabilidad por lo realizado. El hecho se entiende con su contenido psicológico, pero la valoración que realiza el juez es eminentemente normativa. De ello que se afirme que culpabilidad es igual a reprochabilidad.

Ubicado con perfecta sistemática la culpabilidad, afirma Mezger que "sin la existencia de una conducta injusta no hay culpabilidad. Por ello, y cómo quiera que todo injusto punible es un hecho aislado, también toda culpabilidad penal tiene que ser culpabilidad de un acto aislado". Con la afirmación precedente queda establecido que la culpabilidad y el juicio que sobre ella se realiza por parte del juez, tienen como punto básico de apoyo la

presencia de un hecho concreto que ya posee las características de típico y antijurídico; es ésta la confirmación de que la culpabilidad se refiere a un hecho particular y no a un estado, por peligroso que éste pueda ser considerado. Además cree Mezger que esta postura de referir la culpabilidad a un hecho aislado constituye la tesis dominante entre los tratadistas contra aquellos que hablan de que el juicio relativo a la culpabilidad tiene que considerarse como objeto, no al acto aislado, sino al estado total del autor, que crea la culpabilidad de carácter, iniciada fundamentalmente por Von Lizst y seguida por los autores afiliados a su escuela.

Por lo que se refiere al juicio relativo a la culpabilidad, que ya se ha dicho corresponde al juez, es conveniente precisar que se trata de un juicio de referencia a una cierta y determinada situación de hecho, que es valorada para su calificación de culpable en función del reproche que se dirige al autor del hecho.

La culpabilidad exige conceptualmente, en la opinión de Mezger, la presencia de las siguientes características:

1.- Una determinada disposición o estado de la personalidad del agente, que corresponde a la llamada imputabilidad. La teoría de la imputabilidad, en consecuencia, forma parte integrante de la teoría de la culpabilidad.

2.- Una determinada referencia psicológica del autor del acto, que es, precisamente, la llamada forma de la culpabilidad. En esta forma de la culpabilidad quedan incluidos el dolo y la culpa.

3.- Una determinada configuración de las circunstancias internas y externas de la acción, o sea la ausencia de especiales causas de exclusión de la culpabilidad. Entendiendo que el juicio relativo a la culpabilidad es una expresión de desaprobación o reproche a la conducta aislada, siempre será necesario el conocimiento de las circunstancias internas y externas concurrentes con la conducta, para encontrar, en cada caso, si hay aparición

de alguna causa que pudiera volver inculpable (no reprochable) el acontecimiento típico y antijurídico.<sup>66</sup>

Una vez que se han satisfecho las características mencionadas, se procede a la realización del juicio acerca de la culpabilidad, que, afirma Mezger, se refiere "en el caso concreto, al acto de voluntad del autor (las llamadas partes integrantes psicológicas de la culpabilidad), a los motivos del autor (las llamadas partes integrantes motivadoras de la culpabilidad) y las referencias de la acción a la total personalidad del autor (las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad)".

El acto de voluntad, frecuentemente confundido con la culpabilidad misma, se refiere a la conducta de su propio contenido de injusto interno y unida o vinculada psicológicamente con su autor. Acto de voluntad viene a ser, en estas condiciones, la conducta que corresponde como propia al sujeto actuante, quien actúa con conocimiento o posibilidad de valoración de lo antijurídico de su proceder. Esto, que constituye el primer presupuesto para la reprochabilidad, abarca tanto al dolo como a la culpa, cuyas teorías se desarrollan sobre la referencia psicológica entre el acto y el autor; dolo habrá cuando pueda establecerse una referencia de tipo psíquico entre el acto y el conocimiento de que es antijurídico, ubicado este conocimiento en la mente del autor. Culpa tendremos cuando la referencia, en orden a la antijuridicidad, pueda establecerse desde el punto de vista de la posibilidad del conocimiento.

Los motivos del autor, o sea la llamada parte integrante motivadora de la culpabilidad "ha de entenderse como el conjunto de aquellas representaciones, bien matizadas por los afectos, bien queridas, que han causado el acto de voluntad del agente". Todas las formas de manifestación de la conducta llevan consigo un profundo contenido psicológico, que es el que determina la forma específica en que la conducta habrá de expresarse

---

<sup>66</sup> Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito, segunda edición, Editorial Trillas, Pág. 148 a 178

ante el mundo exterior; es en este contenido psicológico que se encuentra ubicada la fuerza motivadora de la culpabilidad y en el orden jurídico es menester el conocimiento de los motivos del autor de una determinada conducta para la valoración de ella como reprochable o no. Es inútil, además, el conocimiento de la motivación para la medida de la culpabilidad cuando el acto en sí es reprochable pero susceptible de una graduación, a los efectos de la pena, en orden a los motivos determinantes para la conducta antijurídica.

Tenemos posteriormente el conjunto de referencias de la acción o conducta a la total personalidad del autor, o sean las llamadas partes integrantes caracterológicas de la culpabilidad. Siendo la culpabilidad un concepto jurídico-penal por el que se determina un reproche o una desaprobación jurídica a una conducta, pero entendida ésta como manifestación de la personalidad del sujeto, resulta lógica la afirmación de que en última instancia la desaprobación va dirigida hacia la total personalidad del culpable, por ser suya y como tal propia la manifestación de la conducta, ya que, como opina Mezger, "no hay en absoluto conducta alguna que no aparezca como expresión de la personalidad del autor al tiempo del acto". Este concepto encuentra su mejor justificación como parte integrante de la culpabilidad, cuando se piensa que ciertas causas de inculpabilidad aparecen en razón de no poderse vincular la acción con la personalidad del autor, como ocurre cuando los motivos que provienen de fuera son tan fuertes que incluso hombres de carácter firme no pueden resistirlos y de donde surge la no exigibilidad de otra conducta, que impide la formulación del juicio reprobatorio acerca de la culpabilidad.

Quedan así precisados los presupuestos a los que, en conjunto, se refiere Mezger cuando define la culpabilidad. Deben, en nuestra opinión, ser destacadas como fundamento de esta concepción de la culpabilidad, las siguientes afirmaciones:

- 1.- La culpabilidad siempre debe referirse a un hecho concreto o aislado.

2.- La culpabilidad presupone, en un orden lógico, la existencia de una conducta típica y antijurídica.

3.- La culpabilidad se determina por medio de un juicio valorativo, que corresponde al juez y por el que se reprocha a un sujeto haber actuado en la forma que lo hizo.

4.- Para llegar a la formulación del reproche, el juez debe establecer una referencia entre la conducta y la total personalidad de su autor.

5.- La culpabilidad es normativa en razón de la naturaleza del juicio valorativo, pero siempre considerando la vinculación psicológica entre el hombre y su conducta.

Hasta aquí queda la síntesis que, atendiendo a nuestro criterio, formularemos de la tesis de Edmundo Mezger. Debe recordarse que al inicio de este apartado se hizo la observación de que el profesor de Munich da a la imputabilidad la connotación de característica de la culpabilidad, opinión esta que no compartimos, por razones expresadas oportunamente (véase Primera Parte, cap. 4, punto 2 y pág. 58), por lo que, manifestando nuestra aceptación del concepto normativo de la culpabilidad, discrepamos del citado autor en algunos aspectos.

Hans Welzel. Sostienen que en el finalismo. "Solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad. Sus dones y predisposiciones –todo lo que el hombre <es> en sí mismo- pueden ser más o menos valiosos (por tanto, pueden ser también valorados), pero solamente lo que de ellos hizo o cómo los empleó, en comparación con lo que hubiera podido hacer de ellos o cómo los hubiera podido o debido emplear, solamente hacer de ellos o cómo los hubiera podido o debido emplear, solamente esto puede serle computado como mérito o serle reprochado como culpabilidad. El reproche de culpabilidad presupone, por tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que pudiera hacer un hombre cualquiera, en lugar del autor, sino, y muy

concretamente, de que ese hombre, en su situación hubiera podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma".<sup>67</sup>

Puede decirse que sobre los dos párrafos antes transcritos se construye la teoría de la culpabilidad conforme a la teoría de la acción finalista cuyo más identificado expositor es Hans Welzel, a quien corresponden las palabras y conceptos citados. Para ubicar y comprender la postura welzeliana, en orden a la culpabilidad, es ineludible recordar que el propio autor modifica en sus tesis la metodología tradicional para el estudio del delito, colocando los elementos conocidos (acción-tipicidad-antijuridicidad y culpabilidad), en diferentes lugares y con distintos contenidos conceptuales. No es posible, en consecuencia, captar el contenido de la teoría de Welzel, en cuanto se refiere a la culpabilidad, sin relacionarlo con el resto de la tesis de la acción finalista. Por lo mismo, haremos estas referencias a la culpabilidad conforme a Welzel tratando de hacer también las vinculaciones indispensables al resto de la teoría, sin que pueda en forma alguna decirse que pretendemos hacer una síntesis de la teoría de la acción finalista, empresa que excede la naturaleza de este trabajo.

Desde el momento mismo en que Welzel establece la misión y fundamento del Derecho Penal, inicia la metodología que el resto de su obra habrá de seguir. Dice el autor alemán que el Derecho Penal se ocupa únicamente de aquellas acciones que pueden denominarse "finalistas", entendiendo por ellas las actividades humanas que se realizan en persecución de fines objetivos futuros y para las cuales es posible elegir, en busca de lo propuesto, los medios necesarios para ello y ponerlos en actividad. En esto se distingue la acción finalista del acontecer de la naturaleza, que es ciego en su causalidad, o del actuar instintivo, en el cual se ponen inconscientemente los medios adecuados a un fin. Las acciones finalistas, así entendidas, son las que estructuran la vida en común y son iguales las que lesionan el orden establecido. Serán acciones adecuadas al derecho las que finalísticamente se "mueven dentro del orden de la vida

---

<sup>67</sup> Cfr Vela Treviño. Ob.Cit. Pág.

social". y serán contrarias al derecho las acciones finalistas lesivas del orden, valoradas como contradictorias con el propio orden de la vida social.

Al mismo tiempo, sostiene Welzel, el ser humano no es sólo un ser actuante finalísticamente, sino alguien que es moralmente responsable de sus acciones; quiere esto decir que teniendo el hombre la posibilidad de actuar finalísticamente, debe siempre elegir atendiendo al sentido y al valor social de su conducta; por eso, cuando elige, atendiendo a las exigencias del deber que surge de los valores de la comunidad, actúa meritoriamente; en cambio, si lesiona esos valores, actúa culpablemente. El hombre, afirma Welzel, es persona en el doble sentido de que es un ser que actúa finalísticamente y es moralmente responsable de sus acciones y "con estas dos etapas, que se estructuran la una sobre la otra (la actividad finalista y la responsabilidad moral), se cumple la autoría personal humana".

El Derecho Penal tiene así una doble valoración: la contrariedad con el derecho, que corresponde a la actividad finalista y la responsabilidad moral frente a la sociedad, que corresponde a la culpabilidad. El elemento final de la acción, o acción finalista, es independiente del elemento moral de la responsabilidad, igual que antijuridicidad y culpabilidad colocadas en diversos planos para su valoración, y en estas condiciones, "la antijuridicidad contiene, simplemente el juicio de valor según el cual la acción cae fuera de los ordenamientos de la vida de la comunidad. La culpa es la responsabilidad de la personalidad moral por su acción antijurídica".

Reconociéndose que la actividad humana interesante para el derecho lo es solamente la finalista, surge el Derecho Penal prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente negativos, función que realiza por medio de los tipos penales; en este orden de ideas aparecen los tipos de los delitos dolosos, que son aquellos que se refieren a una voluntad finalista de acción, dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto, tal como lo afirma Welzel. Al mismo tiempo, el Derecho Penal, en preservación de los bienes jurídicos valorados, crea los tipos de los delitos culposos, que son aquellos en los que el tipo de injusto no consiste en la

voluntad dirigida a la lesión, sino en la lesión causada por acciones que no tienen el contenido necesario de diligencia para el intercambio de dirección causal.

Culpabilidad y antijuridicidad son, dicho por Welzel, los dos componentes fundamentales del delito. La antijuridicidad es frecuentemente denominada "juicio de desvalor" por la relación que se establece entre la acción (conducta) y la contradicción que ella hace del orden jurídico; sin embargo, la verdad es que se trata de una característica de desvalor de la propia acción. Por ello, "la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. El objeto que se valora, a saber, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos)".

Por lo que se refiere a los tipos penales, estos son la consagración del principio "nulla poena sine lege", puesto que la antijuridicidad tiene que ser adecuada a un tipo que contiene la descripción abstracta de la acción antijurídica, que se concreta en el momento en que aparece una conducta finalista adecuada a la propia descripción. El tipo es, conforme a la definición que de él da Welzel, lo injusto penal descrito de acuerdo con características típicas. Solamente por medio del tipo se pueden entender los límites que el legislador ha establecido a las acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales; el marco limitativo viene a ser la descripción legislativa que puede adecuar a una conducta para convertirla en conducta finalista antijurídica y adecuada al tipo.

El tipo ha sido entendido tradicionalmente como una mera descripción abstracta y la antijuridicidad, por lo mismo, se considera como injusto objetivo, puesto que siendo ésta determinada mediante un juicio objetivo de desvalor referido al tipo particular, su objetividad proviene del carácter causal de la acción, que formalmente se adecua al tipo descriptivo; de ahí que se dijera que lo objetivo corresponde a la antijuridicidad y lo subjetivo (contenido psíquico de la conducta) a la culpabilidad. Sin embargo, cuando se

descubrieron los llamados elementos subjetivos de lo injusto, se produjo una profunda resquebrajadura en la concepción tradicional. Se ejemplifica esto con el caso del robo (hurto), en el que aparece satisfecho objetivamente el tipo por el simple apoderamiento de una cosa ajena que reúne, además, el resto de las condiciones o características del tipo y, a pesar de ello, no puede decirse que se haya agotado el tipo y perfeccionado el delito hasta que no aparece un elemento subjetivo, como es, en el caso, el ánimo de apropiación que debe tener quien realiza el apoderamiento de una cosa con las calidades típicas previamente descritas en la ley. Puede verse aquí claramente, afirma Welzel, que no todo lo subjetivo corresponde a la culpabilidad, lo que se confirma cuando se analiza la tentativa como forma especial de aparición del delito, en el cual el ánimo del sujeto tiene una importancia capital para la concreción del tipo; el dolo pasa, entonces, a ser una característica del tipo de injusto, "sin el cual la adecuación típica del acontecer exterior no puede ser averiguada".

Al estudiar, de acuerdo a esta metodología de Welzel, el tipo subjetivo, se parte del principio de que la acción (conducta) es llevada por medio de dos elementos: el intelectual, que consiste en la conciencia de lo que se quiere y el volitivo, que es la decisión de querer realizar lo querido. La acción objetiva así manejada, es la ejecución finalista del dolo. Como la relevancia jurídico-penal de las acciones finalistas la proporciona el tipo legal, puede decirse que las conductas que reúnen los elementos de naturaleza intelectual y volitiva y van encaminadas finalísticamente a la concreción de un tipo, son dolosas, porque "dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo". Todas estas referencias se formulan respecto de los tipos de injusto en relación con los delitos dolosos, pero aún quedan los tipos que no requieren la conducta finalista como búsqueda de la concreción del tipo, o sea los tipos de delitos culposos, que consisten en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho como forma de preservar de lesión o desprotección a los bienes jurídicamente protegidos.

Como antes se expresó, y lo ratifica Welzel, al mencionar esta clase de delitos llamados culposos, el derecho impone a toda persona que quiera tomar parte sin restricciones en la vida social, que dote a su conducta de un mínimo de dirección finalista, adaptando su conducta particular a la seguridad que quiere darse a los bienes que deben ser motivo de protección por parte de la ley penal.

La cuestión de la culpabilidad en los delitos culposos se basa en la posibilidad de formular un reproche personalísimo al que viola el deber objetivo de diligencia, porque con el simple hecho de haber actuado con atención hubiera podido conocer la naturaleza de su deber y con su actuar prudente evitar la lesión al bien jurídicamente protegido.

La antijuridicidad en esta tesis de Welzel, no queda agotada por la lesión al bien jurídicamente protegido, sino que incluye también el disvalor de la acción, consistente en la omisión de la diligencia debida que forma parte de la acción (conducta), razón por la cual esta acción debe ser estudiada dentro del tipo específico de injusto y fuera de la culpabilidad.

Vemos, con lo anterior, que tanto el dolo como la culpa, que son las formas tradicionales de estudiar la culpabilidad, han quedado separados de ésta y han pasado a formar parte del tipo de lo injusto, según sea que haya concreción de un tipo por una conducta finalista (dolo) o que haya habido omisión en el establecimiento de una dirección finalista mejor de la conducta (culpa). En ambos casos, la culpabilidad queda fuera del injusto típico de la conducta finalista.

Hemos llegado así, a la parte de la sistemática de Welzel relativa a la culpabilidad. Por culpabilidad se entiende "aquella cualidad de la acción antijurídica que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido". Se establece así una estrecha vinculación entre los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad, ambos como características de la acción. La culpabilidad es una cualidad de la acción antijurídica que permite formular un personal juicio de reproche a quien realiza la conducta, precisamente por no haber omitido la aparición de la antijuridicidad; habiendo primero una acción

(conducta), ésta se torna antijurídica desde el momento que altera el orden jurídico establecido sin que haya causa que la justifique y, posteriormente, se reprocha a su autor no haber guiado su comportamiento, habiendo podido hacerlo, en forma tal que no produjera la alteración que sobrevino. De esto último se obtiene el primero de los presupuestos de la culpabilidad o del reproche de culpabilidad: la libertad de voluntad.

Sostiene Welzel que “solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad”; la voluntad se entiende como posibilidad de formar una voluntad de conducta adecuada a la norma, en lugar de la voluntad antijurídica de acción, bien sea porque dolosamente se encamina la voluntad hacia la concreción de un tipo (dolo) o porque no se incluya en la propia conducta el mínimo necesario de dirección finalista indispensable para que el resultado no se produzca (culpa).

El segundo de los presupuestos para la formulación del juicio de reproche lo constituye la capacidad de imputación, o sea la facultad de guiar la voluntad con pleno conocimiento del contenido de antijuridicidad de la conducta; explica Welzel la dificultad de definir positivamente la capacidad de imputación, por pertenecer a la subjetividad del autor de la conducta, y por lo mismo, la conveniencia de dar una definición por exclusión, que se establece mediante la eliminación de “todos aquellos hombres que no son todavía capaces de una determinación llena de sentido o que han perdido esa capacidad”; son así incapaces de imputación los jóvenes hasta donde la ley señala, los sordomudos y los que sufren alguna anomalía mental. Estas personas son incapaces de determinar su voluntad de acuerdo con la comprensión de la antijuridicidad y, consecuentemente, sujetos que no pueden ser objeto de reproche de culpabilidad por la realización de una conducta antijurídica, porque les falta el presupuesto de ser capaces de imputación.

Culpabilidad, afirma Welzel, es reprochabilidad y el reproche se formula por la formación inadecuada de la voluntad, en cuanto a su contenido de antijuridicidad; igualmente es reprochable, con diferencia de grados, la

dirección dolosa impuesta a la conducta dirigida a la concreción de un tipo (dolo), que la falta de dirección finalística para la no producción de un resultado antijurídico no querido (culpa).

La reprochabilidad tiene como elementos integrantes los que se denominan intelectuales y volitivos.

Las dos formas que puede asumir la culpabilidad son reprochables cuando el sujeto que realiza la conducta tiene o podía tener, con exactitud, el conocimiento de la calidad de típico del hecho que produce y, además, del contenido de antijuridicidad del mismo. El conocimiento o la posibilidad de tener ese conocimiento en cuanto a la calidad típica del acontecimiento sobrevenido, es lo que sirve de fundamento para el juicio de desvalor relativo a lo antijuridicidad, o dicho en otras palabras, lo típico precede a la antijurídico, porque únicamente lo que es típico podrá ser antijurídico y el conocimiento de ambas calidades, o la posibilidad del propio conocimiento, es lo que constituye el elemento intelectual de la reprochabilidad, como juicio relativo a la culpabilidad.

Tratándose de los delitos dolosos, el sujeto actuante realiza la concreción del tipo con pleno conocimiento y el encaminar su voluntad finalista en ese sentido, ha afirmado anticipadamente la forma dolosa en que puede formularse el reproche; no se reduce el dolo al camino marcado por la voluntad, sino que requiere, como se ha dicho, el pleno conocimiento del tipo y la voluntad encaminada a su concreción.

La culpa funciona en razón del conocimiento de la concreción del tipo y en la falta de la diligencia adecuada de la conducta para evitar el resultado sobrevenido. Opina Welzel que, en la culpa consciente, falta la voluntad encaminada directamente a la concreción del tipo y el sujeto que actúa lo hace con la esperanza de que no se presenten las consecuencias que harán de su conducta una conducta típica. Es, en consecuencia, la voluntad la que sirva para reprochar un resultado como doloso o culposo, pero entendiendo a la voluntad en su finalidad de concreción del tipo: habrá dolo cuando se

quiera la concreción del tipo y culpa cuando no haya esa voluntad de concreción específica.

La culpa inconsciente se presente, de acuerdo a la teoría de Welzel, cuando puede reprocharse a un sujeto la falta de previsión del resultado, siendo éste previsible para una persona inteligente, pero únicamente en los casos en que, desde un punto de vista individualizado, el sujeto podía tener la previsión del resultado. Con esto se distingue una previsibilidad general del resultado, que forma parte del tipo de injusto, y una previsibilidad individualizada, que es elemento para la reprochabilidad. Así sostiene Welzel que "como culpa se puede reprochar esta lesión objetiva de diligencia, solamente cuando el autor individual pudo prever el resultado, según la medida de su capacidad de comprensión".

No obstante lo dicho, no es suficiente para la formulación del reproche el conocimiento o el posible conocimiento de la calidad típica de la conducta; se requiere, también, el conocimiento de la calidad de antijurídica de esa conducta típica, o la posibilidad de ese mismo conocimiento en orden a la antijuridicidad.

Por lo que se refiere a la culpa, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta típica funciona sobre la base que le proporciona la posibilidad del conocimiento cierto de la calidad antijurídica. Cuando con la diligencia normal de un hombre inteligente sea posible la captación del contenido jurídico de la conducta y suficiente para variar el sentido de la conducta, la omisión de esta debida diligencia hace que el resultado pueda ser reprochado al sujeto por no haber puesto en juego la diligencia necesaria para la modificación de esa conducta específica; el reproche, desde luego, será hecho a título de culpa, porque no existía actualizado el pleno conocimiento de la antijuridicidad de la conducta típica, siendo posible ese propio conocimiento.

Hasta aquí hemos analizado el elemento de orden intelectual de la reprochabilidad. Veremos enseguida el elemento relativo a la voluntad.

Si se dice que la reprochabilidad está integrada por dos clases distintas de elementos (intelectuales y volitivos), resulta lógico afirmar que, aun en aquellos casos en los cuales hay pleno conocimiento de la antijuridicidad y a pesar de ello se realiza una conducta típica, no se integre totalmente la reprochabilidad. Falta para estos efectos, que el sujeto que satisface el elemento intelectual, pueda, al mismo tiempo, determinar la dirección de su voluntad de acuerdo con el conocimiento que tiene de lo injusto. Se trata de que el sujeto hubiera podido y debido determinar su conducta en forma adecuada al derecho y que, ante esa posibilidad, lo haga en forma no adecuada o antijurídica; referida la posibilidad de autodeterminarse a un caso concreto y en relación con un momento preciso, nace la exigibilidad de la obediencia jurídica, que es, como dice Welzel, el elemento más importante de la reprochabilidad.

Partiendo de la comprobación de que existe la capacidad de imputación (imputabilidad) genérica, es necesario que para la formulación del juicio de reproche se vea si el sujeto imputable se encontraba, en el momento preciso de manifestación de su acción finalista, en situación tal que pudiera exigírsele una conducta adecuada al derecho, en lugar de la conducta típica y antijurídica que realizó. En esta exigibilidad de la obediencia al mandamiento jurídico, se encuentra ubicado el elemento relativo a la voluntad como integrante de la reprochabilidad. Cuando falta la exigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma, no hay tampoco reprochabilidad ni delito, por no haber culpabilidad.

En estas condiciones la formación de la voluntad se encuentra sujeta tanto al conocimiento de lo injusto como a la posibilidad de actuar en forma diferente, que deberá ser en la adecuada al derecho. La exigibilidad es básica tanto del dolo como de la culpa; en lo relativo a la culpa se considera que la exigibilidad lo es respecto de la diligencia necesaria para que el resultado no se produzca y varía según sea mayor o menor el esfuerzo de un ser normal para modificar el curso de la conducta.

La exigibilidad en la culpa nunca va más allá de una diligencia o atención normal, en un hombre normal. Todo lo que no es exigible jurídicamente, es disculpable, aun cuando, como expresa Welzel, según cada caso particular tiene que determinarse la exigibilidad de la obediencia jurídica, recordando que la reprochabilidad, con su elemento de la exigibilidad, está siempre supeditada al orden jurídico, o sea que la valoración que el individuo hace al determinar su conducta queda sujeta a la valoración que de esa conducta y de la posibilidad de haberla cambiado hace el juez de acuerdo con la exigibilidad proveniente del orden jurídico.

Para los delitos dolosos el problema de la exigibilidad es menor, en razón de que es siempre mayor la exigibilidad jurídica de un comportamiento que no vaya directamente encaminado a la concreción del tipo. Al sujeto capaz de imputación (imputable), siempre le exige la ley que determine su conducta en forma que no produzca, con pleno conocimiento, actos típicos y antijurídicos. Únicamente habrá disculpa, por inexigibilidad, tratándose de conductas dolosas, cuando los casos puedan ser tratados como verdaderas excepciones a la regla de la exigibilidad general.

Es innegable lo atractivo que tiene la teoría de Welzel, a tal grado que se ha dicho que ningún estudioso de la materia penal puede hoy día ser contrario al finalismo. Sin embargo, el hecho de ser tan atractiva la tesis de Welzel no necesariamente obliga a su afiliación; es cierto que no puede negarse el valor que encierra el concepto de la acción finalista, pero de ahí a la total aceptación de la metodología y sistemática para el estudio del delito que impone la obra de Welzel, median muchos inconvenientes, sobre todo por razón del divorcio que resulta entre la teoría y su aplicación conforme a los sistemas normativos vigentes.

Existe un argumento crítico contra Welzel y su doctrina que hasta la fecha no ha podido ser resuelto por los seguidores del finalismo. Este argumento puede plantearse en esta forma: si el dolo y la culpa ya no pertenecen a la culpabilidad, ¿cuál es, entonces, el contenido de la culpabilidad? Como dice Jiménez de Asúa, el dolo, entendido conforme a la

acción finalista, ha dejado el campo de la culpabilidad para pasar a formar parte fundamental del tipo de lo injusto, como elemento subjetivo del mismo tipo y la culpa es arrastrada por el concepto de la acción finalista culposa, abandonando también el ámbito de la culpabilidad, con el resultado de que la culpabilidad ha quedado entonces convertida en un concepto carente de contenido.

Otro aspecto que ha dado motivo a severas críticas formuladas al finalismo, es el que proviene de que se crea una confusión conceptual entre culpabilidad y responsabilidad, conceptos que, como ya se ha visto al inicio del presente estudio, son diferentes. La esencia de esta argumentación crítica se ubica en el hecho de que, según Welzel, los hechos penales culposos son motivo de una doble valoración: primero al referirlos a la acción finalista, con su contenido de voluntariedad y segundo, al relacionarlos con el elemento volitivo que se requiere para la reprochabilidad. Si además se piensa en que la acción típica tiene que ser valorada para determinar su contenido de antijuridicidad, puede resultar ya no una doble, sino hasta una triple valoración respecto del mismo elemento. Ahora bien, si para salvar esta confusión metodológica no se valora subjetivamente la conducta humana, o sea que se hace caso omiso de la intención (dolo) y de la negligencia (culpa) para fundar el juicio relativo a la culpabilidad, volveremos a la misma inquietud ya planteada, o sea preguntar razonablemente ¿cuál es, en síntesis, el contenido de la culpabilidad? La pregunta tendría que responderse opina Jiménez de Asúa, de este modo: "ninguno; o todo el delito; toda la figura delictiva, con todos sus elementos", pero de ello resultaría la confusión entre los conceptos de culpabilidad, como elemento del delito y responsabilidad, por la probada existencia de todos los elementos del delito para obtener de ahí las consecuencias legales, que no son otras que la responsabilidad.

Por nuestra parte, atendiendo al contenido de la ley penal mexicana aplicable, en orden a la culpabilidad, sentimos también la necesidad de rechazar la plena validez de la teoría de la acción finalista. Piénsese en que

la acción finalista dolosa va siempre encaminada a la concreción del tipo (sostiene Welzel: "Toda acción consciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –elemento intelectual- y la decisión de querer realizarlo –elemento volitivo"), y en que la ley mexicana (art. 9º., t), establece que no se destruye la presunción legal de que un delito es intencional (doloso) aunque se pruebe que no hubo intención de ofensa a persona determinada y *ni, en general, intención de causar daño*. Resulta claramente que no habiendo la voluntad encaminada a la concreción del tipo, el resultado sobrevenido sigue siendo legalmente reprochable como doloso, lo que hace inaplicable un concepto que es sustancial en la construcción de Welzel. Por ello, y adhiriéndonos a la opinión crítica, pensamos que el finalismo no es el camino adecuado para resolver la problemática de la culpabilidad, en especial referida al sistema positivo mexicano.

Reinhart Maurach. Que es catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Munich, es actualmente una de las más altas autoridades en el estudio de problemas concernientes al Derecho Penal. Siguiendo la ya tradicional forma alemana de profundizar al máximo en los conceptos, se ha ocupado de analizar el contenido conceptual de la culpabilidad estableciendo previamente algunos presupuestos que permiten una ubicación precisa de este elemento en la teoría del delito.

No hay culpabilidad sin acción típica antijurídica" afirma Maurach; ello puede interpretarse en el sentido de que para llegar al estudio de la culpabilidad de un sujeto, tiene que ser precedido de la plena comprobación de la existencia de una acción (conducta según nosotros), que permite ser calificada como típica por estar encuadrada en un tipo legal vigente y, además, que es contraria al derecho por no estar amparada por una causa que la justifique. Únicamente cuando se está ante la presencia de una conducta típica y antijurídica tiene relevancia estudiar si la misma puede llegar a ser calificada como conducta o acción típica, antijurídica y culpable,

para obtener de ello las consecuencias que la ley ha establecido previamente.

La simple mención de la necesidad lógica de que exista una conducta (acción para Maurach) que va a ser motivo de una calificación de culpable o inculpable, nos lleva a la precisión de otro presupuesto; a saber, la existencia de un autor imputable, ya que la acción típicamente antijurídica es relevante sólo cuando el juicio correspondiente puede hacerse extensivo a cierta y determinada persona a quien puede atribuírsele el acontecimiento típico y no justificado como obra de su voluntad. El autor de la conducta, en orden a la imputabilidad, debe estar en condiciones de darse cuenta, en razón de su desarrollo espiritual y moral, del alcance que su conducta puede tener en la vida jurídicamente organizada y, además, estar en posibilidad de orientar su conducta y sus resoluciones conforme a este conocimiento; en otras palabras, para que alguien pueda ser considerado culpable de algo, tiene que ser un imputable, ya que la imputabilidad es el presupuesto necesario para la formulación del juicio relativo a la culpabilidad. Sobre quien no es imputable es imposible el reproche acerca de la conducta típicamente antijurídica, porque falta en él el presupuesto lógico del conocimiento del contenido injusto de su conducta o de la actuación conforme a una valoración normalmente hecha.

De lo anterior pueden obtenerse las dos formas en que Maurach estudia la inimputabilidad: genérica o constitucional cuando falta el desarrollo físico y psíquico para la actuación normal adecuada a la vida en común (por ejemplo los menores de edad) y la falta de posibilidad de conocer, respecto de un hecho concreto y en un momento preciso, el carácter injusto del acto que se realiza (por ejemplo, los trastornos morbosos del espíritu, que afectan transitoriamente las facultades mentales).

Afirma Maurach que la teoría dominante en la actualidad, que es la de la acción finalista, no ha conseguido que se convierta en una realidad el principio de "culpabilidad es reproche personal"; atendiendo a la estructuración que conforme al finalismo se da a la culpabilidad, los

elementos constitutivos del juicio de reproche relativo a la culpabilidad son tres: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Sin embargo, sostiene el profesor de Munich que "el concepto de la culpabilidad de la teoría final, aun cuando represente frente a los criterios anteriores un importante progreso, no responde aún ni a los cometidos ni a la esencia de la culpabilidad jurídico-penal". Para comprobar este aserto plantea Maurach el caso de quienes, sin cumplir los presupuestos de la culpabilidad, han manifestado en la comisión de un injusto típico, una peligrosidad objetiva; se trata de esas personas a quienes no es posible considerar culpables y que, sin embargo, quedan sometidas a la aplicación de medidas de seguridad. En estos casos resulta estrecho el principio del finalismo de que "culpabilidad es reprochabilidad", atendiendo al contenido que según esta teoría corresponde a la culpabilidad.

El reproche, conforme al finalismo, es personalísimo; en esto debe estarse absolutamente de acuerdo, afirma Maurach; pero existe una variación sustancial entre la teoría y la realidad, que hace inoperante el concepto de la exigibilidad como parte del juicio de reproche. En efecto, la exigibilidad tiene como fundamento la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, entendida esta posibilidad en una forma genérica, puesto que es la propia ley la que establece genéricamente el límite de exigibilidad de ciertos comportamientos, como ocurre en el llamado exceso en la legítima defensa; significa esto que no hay un proceso individualizado para determinar la exigibilidad y, consecuentemente, el reproche en función de la exigibilidad no satisfecha, tampoco puede ser individual, sino que es genérico.

La crítica que así plantea Maurach al finalismo y sus seguidores, tiene como razón fundamental agregar un nuevo concepto para la estructuración de la culpabilidad, concepto que es denominado atribuibilidad. A los tres componentes que ya se han mencionado (imputabilidad, posibilidad del conocimiento del injusto y exigibilidad), debe agregarse el de atribuibilidad, que se refiere al autor de la conducta y se define en los términos siguientes: "por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al

cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del Derecho.

En forma previa precisa Maurach que su concepto de atribuibilidad responde a la necesidad de proporcionar una base general para la determinación de la responsabilidad ya que constituye un juicio de disvalor dirigido al autor, pero ello no significa en forma alguna que deban confundirse los conceptos de atribuibilidad y culpabilidad, no obstante estar constituidos por similares características, ya que esos elementos constitutivos comunes tienen distinta distribución jerárquica. La atribuibilidad tiene grados que se determinan, el primero, cuando se precisa que el autor de una conducta podría personalmente actuar de un modo diferente y el segundo, cuando el autor de la conducta no responde a las exigencias que le son impuestas por el Derecho. Solamente cuando se han satisfecho las características de la atribuibilidad puede decirse que el acto concreto y particular *puede* ser atribuido a una persona y considerarlo como propio de ella, para entonces, pasar a la forma como *debe* ser atribuido el acto a la persona particular, que es ya, propiamente, la determinación del reproche en orden a la culpabilidad.

La atribuibilidad, entendida como quiere Maurach, tiende a resolver problemas dimanados de la realidad en que el Derecho se aplica. Es así como puede entenderse que la atribuibilidad proporcione las bases ciertas para poder atribuir a alguien, como propio, determinado comportamiento, sin que por ello signifique que sea un comportamiento culpable, porque esto corresponde al juicio relativo a la culpabilidad. Tanto los menores de edad como los enfermos mentales son capaces de realizar conductas que, conforme a la atribuibilidad, les pueden ser atribuidas como propias de ellos; pero de esto no es posible concluir que se trate de conductas atribuibles y, además culpables, porque el problema del reproche de esas ciertas y determinadas conductas tiene que ser resuelto en forma distinta y en orden a la culpabilidad, no a la atribuibilidad. Por esto complementa Maurach su concepto afirmando que concibe la atribuibilidad "como aquella relación

jurídicamente desaprobada por el autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal.<sup>68</sup>

Véase claramente expuesto en esta concepción de Maurach, que la atribuibilidad es una relación entre un hombre y su conducta típica y antijurídica, que proporciona al juez diferentes posibilidades de reacción cuando el comportamiento resulta, también, culpable. Es bajo esta concepción que pueden aplicarse penas al imputable que realiza una conducta típica y antijurídica, que le es reprochada como culpable, pero que al inimputable que se comporta típica y antijurídicamente se le pueda aplicar una medida de seguridad. Aquí quedan expuestas las diversas formas de reacción que puede tener el juez penal que conoce del hecho ocurrido.

Los dos grados de la atribuibilidad vienen a ser, como se ha expuesto, la responsabilidad por el hecho, que corresponde únicamente a la posibilidad de considerar como propio de alguien cierto acontecimiento típico y antijurídico, sin que se hable aún de reproche y, en un segundo término, la formulación del reproche que toma como base la responsabilidad por el hecho.

La responsabilidad por el hecho funciona como un juicio de disvalor, o sea que se vincula un hecho con una persona y se desaprueba la forma en que el comportamiento se realizó, tomando como punto comparativo lo que otro podía hacer en similares condiciones. La desaprobación se basa "en que el autor en la situación concreta se ha comportado peor a como los demás hubieran actuado", o dicho en otras palabras, la responsabilidad por el hecho proviene de que el autor de la conducta no respondió a lo que el Derecho presume puede ser la respuesta ordinaria del término medio de las personas a las que se dirige la exigencia de respuesta.

En este grado de la atribuibilidad (responsabilidad por el hecho), aún no puede reprocharse la conducta del sujeto vinculado al comportamiento, porque falta que se determine la existencia de la capacidad de actuar conforme al derecho lo precisa; es decir, que independientemente de la

<sup>68</sup> Cfr. Vela Treviño, Sergio. *Ibidem*.

vinculación entre un hombre y su conducta, es necesario que se acredite que en el momento mismo de manifestarse la conducta, el sujeto se encontraba en condiciones de conocer el contenido de antijuridicidad de esa conducta y de orientarla en forma distinta a como lo hizo, o sea de actuar conforme al derecho en lugar de hacerlo en contradicción con el mismo. Cuando, una vez satisfecha la responsabilidad por el hecho, se determina la capacidad de conocimiento de lo injusto y de orientación de la conducta, puede jurídicamente reprocharse al sujeto no haber actuado, cuando podía hacerlo, en forma que no afectara con su conducta los intereses jurídicamente protegidos y este reproche es, en esencia, lo que constituye la culpabilidad, de donde resulta justificada la afirmación de Maurach en el sentido de que "culpabilidad es reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado".

Mediante los elementos estructurales que se han mencionado se integra la posibilidad de la formulación del juicio de reproche relativo a la culpabilidad. Puede verse que Maurach, aceptando en principio la estructuración del finalismo a la manera de Welzel, ha agregado el nuevo elemento que se denomina "atribuibilidad", con lo cual quedan salvadas algunas de las críticas que se han hecho al finalismo. Para entender mejor la posición que respecto de la culpabilidad asume Maurach, es necesario conocer cuál es, en su opinión, el contenido del juicio de reproche que determina la culpabilidad.

Sostiene el autor alemán que, en primer término, debe destacarse que la culpabilidad es un concepto jurídico-penal autónomo de cualquier otro juicio de disvalor en el que se consideren violaciones a normas ideales de comportamiento, pero que no sean penales. Resulta así que la culpa del derecho civil, o la culpabilidad ética o religiosa, no corresponden en esencia a una culpabilidad a los efectos del delito, pudiendo en algunos casos coincidir respecto de un hecho determinado diferentes clases de culpabilidad; la que se califica como jurídico-penal no tiene relación o vinculación de dependencia con ninguna otra, por razón de los presupuestos que le son

exclusivos (imputabilidad, responsabilidad por el hecho, exigibilidad y atribuibilidad), que son diferentes a los de la culpabilidad en otros sistemas normativos no penales. Lo más importante, expresa Maurach, es que para llegar al juicio de reproche se requiere la existencia de una acción típica y antijurídica, que es materia exclusiva, también, del Derecho Penal.

En segundo término, se dice que la culpabilidad lo es en razón de un acto aislado, con lo cual se limita el contenido del juicio de reproche a la responsabilidad por el hecho, contra la tesis que pretende realizar el reproche por la culpabilidad de carácter y por la culpabilidad por la conducta de la vida. Este problema lo plantea Maurach al expresar su duda acerca de "si basta la culpabilidad referida al acto aislado, esto es, la culpabilidad referida al acto aislado, esto es, la culpabilidad del acto aislado, para agotar el reproche dirigido al autor, o si debe recurrirse en ciertos casos a otro concepto de culpabilidad derivado más del autor que del acto". La razón de la duda se encuentra en que en ciertos casos el acto, visto aisladamente, resulta incoloro para servir como base de sustentación al reproche de culpabilidad y por ello es necesaria una ampliación del reproche hacia la total personalidad del autor, que revela mejor el verdadero grado de reprochabilidad que puede formularsele. Casos claros de esta problemática lo proporcionan los delitos de rufianismo y vagabundez del derecho alemán, en los cuales es más sintomática la personalidad del sujeto que el acto mismo que es motivo de la intervención de juez.

Según Maurach, la culpabilidad por el acto es la tesis preferible. En efecto, el hecho de que la formulación del juicio de reproche se limite a un acto aislado, en forma alguna quiere significar que el juicio vaya contra el acto, porque es imposible desvincular al acto de su autor; como expresa Maurach, "los partidarios de la culpabilidad referida solamente al acto aislado no desconocen, sin embargo, como es natural, que en el fondo no es culpable el acto, sino que el juicio de culpabilidad representa un juicio sobre la persona artífice del acto".

Finalmente y en referencia al contenido del juicio de reproche, debe decirse que el límite de la culpabilidad está determinado por el acto típico y antijurídico, como producto de la voluntad en los casos en que el sujeto ha formado incorrectamente la dirección de su voluntad, cuando le era posible establecer una dirección diferente; así, manifiesta Maurach que "el sujeto que está en situación de optar entre el bien y el mal, se decide a favor del último; únicamente cuando se da la posibilidad de discriminar, se convierte el acto de opción en acto reprochable y, por tanto, culpable". Por esto es que la culpabilidad está limitada en el reproche a lo que ha sido causa de la voluntad libre, cuando el ejercicio de la libertad de actuar convierte a la acción (conducta) en típica y antijurídica.

Considero que entre los aspectos de mayor interés que tiene actualmente la construcción de Maurach respecto de la culpabilidad y, fundamentalmente, en lo que se refiere al contenido del juicio de reproche, se encuentra la absoluta jerarquización del concepto dentro del ordenamiento puramente jurídico; desde el momento mismo en que se han establecido las condiciones de típica y antijurídica como calificativos indispensables para la conducta, se abandona cualquier elemento de índole diversa a lo jurídico y, más aún, se coloca la culpabilidad dentro del campo privativo de lo jurídico-penal, ya que es ampliamente sabido que la antijuridicidad típica es un concepto que corresponde a la materia penal. Por otra parte, si el reproche como juicio desaprobatorio acerca de una conducta tiene como contenido limitativo la responsabilidad por el hecho, cuando este es típico y antijurídico, tenemos establecida la autonomía jurídico-penal del juicio que habría de realizarse, tanto más que la reprochabilidad funciona con base, esencialmente, en la imputabilidad, y si ésta se entiende en razón de la capacidad de comprensión del carácter antijurídico del hecho concreto, limitado por el tipo, es innegable la naturaleza puramente jurídico-penal de la culpabilidad.

Donde no es posible expresar una absoluta adhesión a la teoría de la culpabilidad de Maurach, es en lo relativo a la culpabilidad por el hecho

aislado. Independiente de que nos parecen poco convincentes sus argumentos para marcar su preferencia hacia la culpabilidad por el hecho aislado, es indudable que todos los sistemas normativos facultan para la formulación de un reproche a ciertos individuos con base en su personalidad o carácter y con abstracción de un hecho aislado. Claro está y así lo entendemos, que no es motivo de crítica a una teoría el que el derecho vigente la contradiga, porque sabido es que en algunos casos el ordenamiento positivo es anterior a la teoría y, en otros, la teoría no se acepta por razones de política legislativa. Sin embargo, no es posible aceptar en su integridad la culpabilidad conforme a Maurach, en lo relativo al "hecho aislado", porque en muchos casos la desaprobación o el reproche no van encaminados al acto, sino al autor; si bien es cierto que todo acto o conducta corresponde a su autor, la culpabilidad no siempre se produce por la realización de hechos, sino por situaciones de carácter o de personalidad. La necesidad de preservación de los bienes jurídicamente protegidos hace que el sistema normativo tenga que prever jurídicamente protegidos que el sistema normativo tenga que prever la posible aparición de conductas dañosas para esos bienes y que considere culpable el estado del sujeto que hace posible, eventualmente, con fundamento racional, la causación del acto.

La culpabilidad, como entiende Maurach, requeriría la realización del hecho para, posteriormente, desvalorarlo en el juicio de reproche, lo que no es aceptable si se tiene en consideración que también puede ser desaprobado el estado idóneo para ser causa de una lesión a un bien tutelado por el tipo. La aceptación total de la tesis de Maurach equivaldría a convertir al Derecho Penal en puramente sancionador y represivo, o sea volver a la etapa de la venganza pública como esencia del Derecho Penal; consideramos que a este le corresponde también una función preservativa, sin que con esto quiera decirse que pueda haber pena sin culpabilidad, sino llanamente que puede haber culpabilidad por especiales condiciones del sujeto y por el estado en que este se encuentre.

Son varios los casos que el derecho positivo mexicano contempla según los cuales puede haber reproche sin que se realice el juicio relativo a la culpabilidad respecto de un hecho aislado. Consideremos, por ejemplo, el contenido del artículo 204 del Código Penal que se refiere al delito de asociación delictuosa, según el cual se impone sanción al que tuviese participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, *por el solo hecho de ser miembro de la asociación, e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido*. Vemos en este precepto que se establece una hipótesis delictiva en forma autónoma a la realización de cualquier hecho y que la sanción se impone simplemente por ser miembro de una banda o asociación organizada para delinquir. Claro está que la sanción funciona, en estos casos, por la especial consideración del peligro manifiesto que significa la existencia de una banda, o sea que se ve la misión preservadora del Derecho Penal, lo que se confirma cuando al final de la descripción de la ley se dice que la sanción se impondrá independientemente de la que le corresponda *por el delito que pudiera cometer*.

Aún mayor claridad se obtiene, para confirmar que la reprochabilidad no siempre funciona en razón del hecho aislado, con el contenido de los artículos 255 y 256 del Código Penal.

Expresa el primero de ellos que "se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes para los efectos de este artículo que "se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas", toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador o sin licencia".

Lo que indiscutiblemente sanciona el tipo en este caso, es el estado peligroso de la persona que, en razón de sus características o condiciones personales, revela un mayor índice de peligrosidad. No se requiere, como es de verse, la realización de algún hecho concreto y, por lo mismo, el reproche

que se formula a la persona, para determinar su culpabilidad, no podrá jamás decirse que vaya dirigido desaprobatoriamente hacia un hecho aislado, sino que va hacia la desaprobación que el juez formula de la integridad de la personalidad del sujeto.

Del conjunto de observaciones que hemos formulado en los apartados 1 al 4 del capítulo anterior, debe obtenerse "algo más" que distingue al psicologuismo del normativismo. Como quedó expuesto al inicio del estudio de la teoría normativa de la culpabilidad, ésta es psicologuismo más algo, que por su carácter eminentemente normativo y por ende jurídico, da la justificación de la denominación de la teoría como normativa.

A la indiscutible vinculación psicológica hecho-voluntad, debemos, conforme a la teoría normativa, adicionar los conceptos de la reprochabilidad y la exigibilidad, para encontrar, por medio del juicio de referencia, lo característico de la culpabilidad; en otras palabras, para que haya culpabilidad se requiere, en primer término, que un acontecimiento haya sido producido por la voluntad, traducida en conducta, de un sujeto imputable y, además, que esa conducta sea reprochable conforme a las normas jurídicas, porque había una exigibilidad de realizar otro comportamiento diferente, que tendría que haber sido el adecuado a la pretensión del derecho, manifestada esta pretensión a través del contenido cultural de las normas.

Tomando como fundamentos del concepto las observaciones ya formuladas, podemos dar como definición de la culpabilidad, conforme al normativismo, la siguiente: *culpabilidad es el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.*

Con el anterior concepto creemos que queda claramente establecido que es el juez quien al conocer de un hecho individualizado, que es motivo de su enjuiciamiento, resuelve el juicio decretando la culpabilidad del autor, quien, pudiendo y debiendo ajustar su conducta a lo que el derecho pretende no lo hace así, de donde resulta la consecuencia de reprochar a ese mismo

sujeto, vinculado psicológicamente con el acontecimiento, no haber adecuado su conducta a lo que las normas establecen. Hay desde luego, la vinculación hecho-voluntad, que es lo que en principio sirve para el proceso de enjuiciamiento, ya que, como se ha expuesto, lo que no es voluntad causal de la conducta no pertenece al campo de la culpabilidad o inculpabilidad, sino al de la ausencia de conducta. Pero además de esa vinculación, en el juicio relativo a la culpabilidad entran en juego los elementos normativos derivados de la reprochabilidad y la exigibilidad. Decimos que la culpabilidad es el resultado de un juicio, porque el único capacitado para pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de ella es el juez, quien formula un juicio de referencia, vinculando psicológicamente al hecho con su autor y, posteriormente, resuelve si la voluntad contenida en la conducta era o no reprochable, porque era o no exigible un comportamiento diferente, adecuado a la norma. No es sino hasta cuando el juicio ha quedado concluido en sentido afirmativo, que el juez formula un reproche a cierta y determinada conducta, porque a cierto y determinado sujeto le era exigible que adecuara su conducta a la norma y al no hacerlo así, se le considera culpable por el comportamiento que le es psicológicamente atribuible y que fue motivo del enjuiciamiento. En consecuencia, la culpabilidad no es un juicio, sino el resultado de un juicio realizado por el juez. Nadie, sino el juez, puede declarar la culpabilidad del alguien.

De lo antes expuesto, podemos llegar a establecer que siendo la culpabilidad un juicio de reproche que se le puede formular a una persona cuando pudo actuar en forma diversa a como lo hizo y apegar su actuar al deber jurídico implícito en la norma", en el delito afecto al presente estudio, esta solo se actualizaría en el momento en que el agente del evento sabedor de su padecimiento, por cualquier medio transmisible pone en peligro de contagio en forma eficiente la salud de otro, dado que tales extremos son los que abrían de actualizarse para comisión del delito afecto a la presente tesis, puntualizándose aquí que dicho juicio de reproche por la razones expuestas

**CONCLUSIONES.**

**PRIMERA.-** No obstante haber nacido la figura delictiva denominada Del peligro del contagio con la intención de prevenir las copulas culposas de los enfermos venéreos, posteriormente en la quincuagésima primera reforma al Código Penal de aplicación Federal, se amplió su ámbito de protección y aplicación, ya que de prevenir simplemente dichas cópulas imprudentes, la reforma giró en torno ya no a reprochar dichas cópulas, sino al posible contagio de cualquier tipo de enfermedad grave en período infectante e incluso las incurables, para luego a través de la quincuagésima octava reforma señalar una punibilidad para el delito el comento pero ahora comisible a título de culpa, advirtiéndose de lo anterior y aunque con poca técnica jurídica, la preocupación del legislador para la protección de la salud de las personas bajo cualquier perspectiva, ante la aparición de la enfermedad denominada SIDA, motivadora de la modificación a los alcances de la figura típica prevista en el artículo 199 bis del Código Penal Federal y retomada en el artículo 199 bis del Código Penal de aplicación para el Distrito Federal.

**SEGUNDA.-** Habiéndose definido los alcances de la figura delictiva materia del análisis, en orden a su estructura de los elementos que la componen, se precisa que por cuanto al contenido de sus elementos descriptivos que la componen, en lo referente al sujeto activo primario quien al efecto es el que lleva a cabo el verbo típico de la acción, se advierte que el mismo se encuentra ayuno de cualquier calidad de índole jurídica o natural, ya que a ese respecto el verbo típico de la acción sólo alude "al que ponga en peligro", pero sin que de manera alguna precise calidad alguna en el sujeto, por lo que bajo esa tesitura se concluye como se precisó en el cuerpo del presente análisis, que cualquier persona imputable para el Derecho Penal, puede ser agente del evento en el ilícito que nos ocupa; debiendo destacarse asimismo en el presente apartado, que incluso en lo referente al modelo amplificador previsto en el artículo 13 del Catálogo de las Figuras Delictivas de aplicación Federal, las formas de participación y autoría previstas en dicho dispositivo de índole sustantivo, dependiendo del hecho

en concreto, son aplicables, ya que la estructura o configuración del tipo afecta a la tesis, no impide tal aspecto.

**TERCERA.-** Ahora bien, asimismo se precisa que en lo referente al diverso elemento descriptivo afecto a la figura delictiva materia del estudio, tocante al pasivo o paciente del evento, se advierte que al igual que ocurre en el agente del evento, tocante a tal aspecto, ésta no precisa de que quien reciente la conducta delictiva requiera de alguna calidad derivada de alguna situación de índole natural o jurídica, dado que el único presupuesto que se requiere para ser pasivo en la figura delictiva es el tocante a que éste no se encuentre infectado de un mal venéreo o otra enfermedad grave en período infectante.

**CUARTA.-** Tocante al aspecto del bien jurídico tutelado, como ya se apuntó con antelación en el cuerpo de la presente tesis, éste radica fundamentalmente en la salud de las personas, mismo que para que pueda ser lesionado a través de la conducta del agente delictivo sólo se precisa que quien reciente la conducta no se encuentre infectado de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante que posea el agente del evento.

**QUINTA.-** Que tanto la redacción anterior como la actual de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales como el 122 del Cuerpo de Ley Adjetivo a la materia para el Distrito Federal, en su contenido reconocen la existencia o el contenido de las figuras típicas en orden a los elementos descriptivos, subjetivos y normativos, según las necesidades de la técnica legislativa para establecer o describir en forma concreta el actuar antijurídico de los gobernados relevante para el Derecho Penal.

**SEXTA.-** Sobre el aspecto descriptivo del tipo relativo al resultado, sólo precisa advertirse que este se refiere a un aspecto meramente formal en que para que se de la lesión al bien jurídico y se transgreda el deber jurídico implícito en la norma, sólo se precisa que se ponga en peligro de contagio la salud de las personas.

**SÉPTIMA.-** Habiéndose analizado el elemento normativo, sus alcances y características, se concluye que el contenido de la figura típica

material del análisis no cuenta con el mismo, ya que de su análisis no se desprende que para la concretización de ésta deban ser valorados aspectos desde el punto de vista cultural o jurídico, lo que indiscutiblemente precisa que en el delito afecto a la tesis no se encuentran presentes dichos elementos, como ocurre en el tipificado en el Cuerpo de Ley Sustantivo a la Materia de aplicación para el Distrito Federal, en el que en su composición se incluyó el elemento normativo de valoración jurídica, contra lege, relativo a que la víctima o el ofendido no tenga conocimiento de la circunstancia de que el agente del evento se encuentra infectado de una enfermedad grave en periodo infectante.

**OCTAVA.-** La inclusión de los elementos subjetivos en la estructura de una figura delictiva, obedece a cuestiones técnicas de índole legislativa, en las que el creador de la ley a efecto de delimitar en forma específica en que han de consistir algunos de los aspectos de la ilicitud de una conducta, incluye en el tipo el elemento subjetivo en el que se matiza el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas, o de un determinado deseo, ánimo o intención que el activo enmarca a su comportamiento, elemento que además sirve para excluir las configuraciones de los comportamientos culposos.

**NOVENA.-** Que precisada la clasificación de los delitos según la forma de la conducta del agente, se advierte que el delito del Peligro de Contagio es de omisión, ya que la norma trae aparejado un deber jurídico de abstención, relativo a abstenerse de poner en peligro de contagio la salud de otro, siendo que por su resultado, se le clasifica en formal, dado que el mismo atentos al contenido de su estructura, se agota o concretiza con la simple puesta en peligro de la salud de otro, sin que para ello se precise que se contagie a otro de la enfermedad venérea o la grave, ya que ello implicaría encontrarnos en presencia de un delito diverso de resultado material; mientras que por el daño que causa, aparejado a su resultado, es un delito meramente formal y de peligro en atención a que en lo referente al resultado, basta la simple puesta en peligro de la salud de otra para que el

delito se consume, advirtiéndose en este apartado en atención a tales consideraciones que es un delito que no admite la tentativa por ser de peligro al igual que el de el tentado, mientras que por su duración es instantáneo ya que basta la simple puesta en peligro de través de la relación sexual o cualquier otro medio idóneo para que el delito se consume lesionándose en ese momento el bien jurídico tutelado.

**DÉCIMA.-** La tipicidad, entendida como la concretización de todos y cada uno de los elementos típicos o bien la adecuación de la conducta al tipo, se advierte que en lo tocante a la figura delictiva Del Peligro del Contagio prevista en el artículo 199 bis del Código Penal Federal, que a la letra dice:

*“ART. 199 bis- El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa. Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión. Cuando se trate de cónyuges, concubinarios o concubinas, sólo podrá procederse por querrela del ofendido”.*

La misma ha de ser típica, cuando se concretizan los elementos descriptivos, subjetivos y en su caso normativo exigidos por el tipo que la figura delictiva en atención a la conducta desplegada por el sujeto activo es considerada como de omisión en atención a que se contraviene un deber jurídico de obrar establecido en la norma penal, consistente en que se debe hacer del conocimiento a la persona con la que se copula la enfermedad que se padece y de que ésta se encuentra en período infectante.

**DÉCIMA PRIMERA.-** El fin para el cual fue creada la figura delictiva y que posteriormente con el descubrimiento de la enfermedad denominada *SIDA* se amplió su alcance protector, no se cumple, ya que en su composición posee el elemento subjetivo (*sabiendo*), aspecto que impide una posible configuración culposa, porque el que consciente de dicha

dolencia expone a otro al contagio por cualquier medio transmisible actúa bajo los extremos del dolo de peligro, dado que el sujeto activo conoce las circunstancias subjetivas y objetivas del hecho y de la conducta que efectúa, además de encontrarse consciente del peligro que engendra por que quebranta su deber, amén de que dicha configuración culposa sería susceptible no obstante la inclusión de dicho elemento subjetivo, si el tipo en su estructura para su consumación precisare de la concreción de un resultado dañoso, lo que abriría la posibilidad de la comisión culposa.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** En el delito del Peligro del Contagio, la conducta proveniente del agente del evento se coloca antijurídica, cuando el sujeto activo encontrándose consciente del mal que posee y de que éste se encuentra en un período infectante, por cualquier medio transmisible pone en peligro la salud de otro, esto es, atentos a la naturaleza de la conducta desplegada por el sujeto, la figura delictiva, trae aparejado un deber jurídico de obrar, consistente en que el que consciente del mal que padece, debe hacer del conocimiento de dicho mal a las personas que en la vida cotidiana se interrelacionan con él a efecto de no generar ese peligro, aspecto que incluso en la legislación penal aplicable al Distrito Federal, se encuentra patente en cuanto a que en el artículo 199 bis del Cuerpo Legal invocado se establece que para que se concrete dicho delito la víctima o el ofendido no debe tener conocimiento de dicha circunstancia.

**DÉCIMA TERCERA.-** Tomando en consideración que el fin para el cual fue creada la figura delictiva materia del presente análisis, no cumple con su función en atención a los elementos típicos que la componen, dado que incluso la inclusión del aspecto punible a título de culpa del delito que nos ocupa no cumplió con su noble función, a efecto de alcanzar su pretensión la figura típica que nos ocupa, necesario resulta que se modifique en su estructura típica buscando una mejor redacción en la que no se incluyan elementos subjetivo que a la postre nos lleven a la conclusión de un dolo de peligro o bien mediante del modificación del resultado previsto en la descripción legal, convirtiéndose de un delito de peligro al delito de resultado

material, en el que la inclusión del elemento subjetivo que se traduzca como un dolo de peligro, no impida la configuración culposa de la misma.

## BIBLIOGRAFÍA

Cárdenas F. Raúl; Derecho Penal Mexicano, Parte Especial; Tercera Edición; Editorial Porrúa; México, 1982; P.P. 225.

Carrancá y Trujillo Raúl; Derecho Penal Mexicano, Parte General; Décimo Quinta Edición; Editorial Porrúa; México, 1986; P.P. 986.

Cabanellas de Torres Guillermo; Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta; Argentina, 1988; P.P. 344.

Castellanos Tena Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General; Vigésima Séptima Edición; Editorial Porrúa; México, 1989; P.P. 359.

Cuello Calón Eugenio; Derecho Penal, Parte General; Tomo I; Décima Octava Edición; Editorial Bosch; España, 1980; P.P. 958.

Cuello Calón Eugenio; Derecho Penal, Parte Especial; Tomo II; Volumen I; Décima Cuarta Edición; España, 1982; P.P. 470.

Dabout E.; Diccionario de Medicina; Editorial Epoca; México, 1970; P.P. 839.

González de la Vega Francisco; Derecho Penal Mexicano, Los Delitos; Vigésima Edición; Editorial Porrúa, México; 1985. P.P. 460.

Jiménez de Asúa Luis; La Ley y el Delito. Principio de Derecho Penal; Octava Edición; Editorial Sudamérica; Argentina, 1978; P.P. 578.

Jiménez Huerta Mariano; Derecho Penal. Introducción al Estudio de las Figuras Típicas. Tomo I; Quinta Edición; Editorial Porrúa; México, 1985; P.P. 477.

Jiménez Huerta Mariano; Derecho Penal Mexicano. La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana. Tomo II; Sexta Edición; Editorial Porrúa; México, 1984; P.P. 358.

Giuseppe Bettiol; Derecho Penal. El Derecho Penal y El Delito. Volumen I; Segunda Edición; Editorial Temis; Colombia, 1989; P.P. 642.

Mezger Edmundo; Derecho Penal. Parte General; Cárdenas Editores y Distribuidor; México, 1985; P.P. 455.

Moreno Antonio de P.; Curso de Derecho Penal Mexicano; Parte Especial; Editorial Porrúa; México, 1968; P.P. 620.

Osorio y Nieto César Augusto; El Homicidio. Estudio Jurídico, Médico Legal y Criminalista; Editorial Porrúa; México, 1991; P.P. 298.

Pavón Vasconcelos Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; Tercera Edición; Editorial Porrúa; México, 1974; P.P. 496.

Pavón Vasconcelos Francisco; Lecciones de Derecho Penal; Parte Especial; Cuarta Edición; Editorial Porrúa; México, 1982; P.P. 508.

Porte Petit Candaudap Celestino; Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Tomo I; Décima Tercera Edición; Editorial Porrúa; México, 1992; P.P. 508.

Porte Petit Candaudap Celestino; Dogmática Sobre los Delitos Contra la Vida y la Salud Personal; Novena Edición; Editorial Porrúa; México, 1990; P.P. 559.

Wessel Hans; Derecho Penal Alemán. Parte General; Tercera Edición; Editorial Jurídica de Chile; Chile, 1987; P.P. 413.

Wessels Johannes; Derecho Penal. Parte General; Ediciones Palma; Argentina, 1980; P.P. 263.

## LEGISLACIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 90ª. Edición; Editorial Porrúa; México 1990.

Nueva Legislación de Amparo Reformada, Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera; 55 Edición Actualizada; Editorial Porrúa; México 1992.

Código Penal; Para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal; Séptima Edición; Editorial Andrade, México 1992.